

العقود الإدارية

الدكتور محمد العموري



Books

العقود الإدارية

الدكتور محمد العموري

من منشورات الجامعة الافتراضية السورية

الجمهورية العربية السورية 2018

Administrative Contracts

Mohammad Al Amouri

Publications of the Syrian Virtual University (SVU)

Syrian Arab Republic, 2018



الفهرس

الفهرس

الفهرس

الوحدة التعليمية الأولى

مفهوم العقد الإداري

الكلمات المفتاحية:

عقد – إداري – إدارة – هيئة – وزارة – مرفق عام – شروط – غير مألوفة – امتيازات – سلطة – عامة.

الملخص:

تتضمن هذه الوحدة تعريف العقد الإداري وتحديد معايير تمييزه عن عقود القانون الخاص، من حيث أن الإدارة طرفاً في العقد واتصاله بالمرفق العام وتضمنه شروطاً غير مألوفة.

الأهداف التعليمية:

في نهاية هذه الوحدة التعليمية يجب أن يكون الطالب قادراً على معرفة:

مفهوم العقد ومعايير تمييزه

عرّف مجلس الدولة الفرنسي العقد الإداري بأنه «ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام، بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام» وآية ذلك بأن يتضمن شروط استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص، وأن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك في تسيير المرفق العام. والعقود الإدارية تنتمي في حقيقة الأمر إلى طائفتين، يمكن من خلالهما معرفة هذه العقود فإذا كان المشرع قد نص على اعتبار أحد العقود عقداً إدارياً، أو نصّ صراحةً على اختصاص القضاء الإداري بنظر بعض أنواع العقود مما يعني أنها عقود إدارية تخضع لأحكام القانون الذي يطبقه هذا القضاء، ومن أمثلة هذه العقود في فرنسا عقد الأشغال العامة وعقد بيع عقارات الدولة وعقد شغل المال العام، وعقد القروض العامة، أمّا في مصر، فإنّ العقود الإدارية تعتبر إدارية بطبيعتها ووفقاً لخصائصها الذاتية، لا بتحديد القانون ولا وفقاً لإرادة المشرّع لأنّ المشرّع نصّ في قانون مجلس الدولة رقم 47 لعام 1972 على أن تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر فالمشرّع لم يحدّد العقود الإدارية على سبيل الحصر، وبما أن المشرّع في مصر وفرنسا لم يعد العقود الإدارية على سبيل الحصر، وجب البحث عن معيار لتمييز هذه عن غيرها تمهيداً لإخضاعها لأحكام القانون الإداري، وغالباً ما تشترط أحكام القضاء الإداري في فرنسا ومصر توفّر ثلاثة شروط وهي أن تكون الإدارة طرفاً فيه وأن يتصل بالمرفق العام وأن يتضمن شروط استثنائية، وهذه الشروط مستشفه من حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية التي عرّفت العقد الإداري بأنّه «العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام، بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره، وأن تظهر نيّته في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد الشرط أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص».

أي أن هناك عقود إدارية بتحديد القانون وعقود إدارية بتحديد الاجتهاد القضائي وبتحليل تعريف المحكمة الإدارية المصرية للعقد الإداري وكذلك مجلس الدولة الفرنسي نرى أنه اتّبع الفقه والاجتهاد معياريين لتمييز وتحديد العقود الإدارية وهذا ما سيكون موضوع بحثنا في:

المعيار العضوي (الإدارة طرف في العقد)



المبدأ أن العقد الذي لا تكون الإدارة العامة طرفاً فيه لا يعد عقداً إدارياً، ويقصد بالجهة الإدارية التي يمكن أن تكون طرفاً في العقد الإداري كل شخص معنوي عام، سواء أكان مركزياً أم لا مركزي، ومن المعلوم أنّه يوجد على المستوى المركزي شخص معنوي عام وحيد هو الدولة، أما على المستوى اللامركزي فلدينا نوعان من الأشخاص العامة، هنالك من جهة الأشخاص العامة اللامركزية المكانية (المحلية) وهناك الأشخاص العامة اللامركزية المرفقية من جهة أخرى، وإذا كان المبدأ أن الإدارة يجب أن تكون طرفاً في العقد الإداري حتى يعتبر عقد إداري، إلا أن القضاء الفرنسي اعترف بالصفة الإدارية لبعض العقود الإدارية التي ليس من أطرافها شخص من أشخاص القانون العام وهذا ما سندرسه في هذا المطلب.

أ- الإدارة طرفاً في العقد.

هذا الاتجاه يرى أنّ العقد لا يعتبر إدارياً إلا إذا كانت الإدارة بحد ذاتها طرفاً فيه، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا في مصر [1] في وصف هذا الشرط بأنّه أمر طبيعي لأنّ العقود الإدارية كافّة من أعمال الإدارة، وتكون الإدارة طرفاً في العقد الإداري من خلال أحد الأشخاص العامة المركزية أو الإقليمية مثل المحافظة أو المدينة أو البلدة.

وخلافاً لما استقر عليه اجتهاد القضاء الإداري في سورية، فقد ذهب اجتهاد القضاء الإداري الفرنسي والمصري إلى أنه ينطبق وصف العقد الإداري على ما تبرمه النقابات المهنية من عقود بما اعترف القضاء لهذه النقابات بالشخصية المعنوية العامة، فإنشاؤها يتم بقانون وأغراضها وأهدافها ذات نفع عام، كما أنّ القانون خوّل هذه النقابات حقوقاً من نوع ما تختص به الهيئات الإدارية العامة.

ولا يكفي لقيام العقد الإداري أن يكون أحد أطرافه حال إبرامه شخص معنوي عام . بل يجب أن يظل هذا الشخص محتفظاً بصفته العمومية طيلة مدة تنفيذ العقد، فإذا فقدها أثناء تنفيذ العقد بتحوّله إلى

---

[1] راجع : أ.د ثروة البدوي ،النظرية العامة في العقود الإدارية، الجزء الأول، مكتبة القاهرة الحديثة ، القاهرة ، 1963 ،ص 58

شخص من أشخاص القانون الخاص غدا العقد مدنياً يخضع لأحكام القانون المدني ويختص القضاء العادي بالفصل فيما ينشأ بصدده من منازعات.

وقد أكّدت على هذا المبدأ، المحكمة الإدارية العليا المصرية حينما ذهبت إلى أنّ فقد العقد لأحد الشروط التي يتحقق بتوافرها مناط العقد الإداري يؤدّي إلى تحوله إلى عقد من عقود القانون الخاص.
وحتى يكون العقد الذي تكون الإدارة طرفاً فيه عقداً إدارياً، ينبغي أن تبرمه الإدارة بوصفها سلطة إدارية عامة، بمعنى أن تتمتع حال إبرامها للعقد بحقوق وامتيازات يفتقدها من يتعاقد معها، حيث إنّ العقود التي تبرمها الإدارة بوصفها أحد أشخاص القانون الخاص لا تعدو كونها عقوداً مدنية، وقضى مجلس الدولة المصري أنّ تعاقد وزارة الأوقاف مع مقاول مباني بصفتها ناظرة للوقف أي كشخص من أشخاص القانون الخاص وليست كسلطة عامة لا يصبغ على العقد الصفة الإدارية، أي أنه يجب أن تكون الإدارة شخص عام وتتعاقد بوصفها سلطة عامة، كما ينبغي أن تبرمها السلطة التنفيذية بوصفها سلطة إدارة لا سلطة حكم، حيث إنّ هذه السلطة تمارس أعمالاً تتّصل بشؤون الحكم وأخرى تتّصل بشؤون الإدارة ومن ثمّ فإنّ أعضاء السلطة التنفيذية العليا «رئيس الدولة . الوزراء . المحافظين» حينما يباشرون أعمالاً تتعلق بشؤون الحكم لا يعتبرون من رجال الإدارة، أمّا حينما يباشرون أعمالاً تتّصل بتسيير المرافق العامة فإنّهم يعدون من رجال الإدارة، فإذا علمنا أنّ العقد الإداري هو العقد الذي يتعلق بإدارة مرفق عام، فإن العقود التي يبرمها رجال السلطة التنفيذية باعتبارهم من رجال الإدارة هي وحدها التي تدخل في نطاق العقود الإدارية أمّا العقود والتصرفات التي يبرمونها في شؤون الحكم وغير ما يتعلق بإدارة المرافق العامة فلا تعد عقوداً إدارية.

ولقد استقرّ القضاء الإداري السوري أنّ العقد الإداري يجب أن يبرم من قبل شخص معنوي عام[2]

وبعد أن انتهينا من دراسة الاتّجاه الذي أوجب أن تكون الإدارة أحد أطراف العقد ننتقل لدراسة الحالات التي يعد فيها العقد إدارياً ولو لم تكن الإدارة طرفاً مباشراً فيه.

---

[2] راجع أ.د محمد الحسين د.مهند نوح ، العقود الإدارية ، منشورات جامعة دمشق ، دمشق 2005

ب–الإدارة ليست طرفاً في العقد:

حيث اعترف القضاء الفرنسي بالصفة الإدارية لبعض العقود الإدارية التي ليس من أطرافها شخص من أشخاص القانون العام وهي:

أولاً: تعلق العقد بأشغال بطبيعتها تخص الدولة: وفي هذه الحال يبرم العقد بين شخصين من أشخاص القانون الخاص، ومع ذلك يعتبر عقداً إدارياً بالنظر إلى موضوعه لأنّه يتعلّق بأشغال في طبيعتها تخص الدولة. كعقد ترميم كنيسة، فبالرغم من أنّ هذا العقد يجب أن يعتبر من عقود القانون الخاص إلا أنّ محكمة تنازع الاختصاص الفرنسية اعتبرته عقداً إدارياً على اعتبار أنّه يتضمن ممارسة مهمة بطبيعتها تخص الدولة.

ثانياً: عقود شغل المال العام:

يعتبر العقد إدارياً إذا تضمن مال عام وأبرم بين صاحب امتياز وأحد أشخاص القانون الخاص، وهذا الاستثناء لا يمتد إلى كل نوع من أنواع الأشغال العامة فقد رفضت محكمة تنازع الاختصاص الفرنسية الاعتراف بالصفة الإدارية لبعض العقود المتصلة بمثل هذه الأشغال[3].

ثالثاً: التفويض الصريح أو الضمني:

وهذا الاستثناء يقوم على التفويض أو التمثيل القانوني، فالمفوض أو الموكل وهو صاحب سلطة اتخاذ القرار يعهد إلى المفوض إليه أو الوكيل، بأداة قانونية، بمهمة التصرف باسمه في إبرام عقد من العقود، وهذا الاستثناء لا يكون حقيقياً إن وجد تفويض أو توكيل صريح من جانب الإدارة لأحد طرفي العقد، لأنّ العقد وإن كان مبرماً بين شخصين من أشخاص القانون الخاص من حيث الظاهر فإنّ أحد هذين الشخصين يمثّل الإدارة قانوناً ويتصرف باسمها ولحسابها وبذلك تعتبر الإدارة أحد طرفي العقد بحسبانها الموكل الذي تعود إليه آثار العقد. ولكن المشكلة تبدو كما لو كانت استثناءً حقيقياً من شرط وجود الإدارة كطرف من طرفي العقد عندما لا يوجد تفويض أو توكيل صريح منها لأحد المتعاقدين، أي عندما تكون الإدارة قد كلّفت أحد أشخاص القانون الخاص بتحقيق مهمة معينة، وقصدت بذلك أن تحط عن كاهلها عبء هذه المهمة لصالح شخص خاص، عادةً ما يكون شركة اقتصادية مختلطة. ورغم منطق القانون كان يقتضي اعتبار العقد المبرم بين شركة الاقتصاد المختلط وهي شخص معنوي خاص، وبين شخص آخر ولم تظهر الإدارة فيه لا بالأصالة ولا بالوكالة الصريحة، من عقود القانون الخاص. إلا أن مجلس

---

[3] T.c.19 janvier 1972، s.n.f.c. salon et barrel، R، D، P، 1972، 465

الدولة الفرنسي اعترف بإمكانية وجود توكيل أو تفويض ضمني من الإدارة لأحد طرفي العقد، يسمح باعتبار العقد إدارياً رغم عدم ظهور الإدارة فيه، وقد أيّدت محكمة تنازع الاختصاص الفرنسية هذا الاتجاه في قضايا مماثلة.

والاستناد على وجود تفويض صريح أو ضمني من جانب الإدارة لأحد المتعاقدين لا يعني وجود استثناء حقوقي على اشتراط أن يكون أحد طرفي العقد شخصاً من أشخاص القانون العام، لأنّ الشخص العام إمّا أن يتعاقد بالأصالة أو بالوكالة، وفي الحالتين يكون طرفاً في العقد ولا يوجد استثناء على هذا الشرط.

وقدساير مجلس الدولة المصري اتجاه مجلس الدولة الفرنسي في اعتبار العقد المبرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص إدارياً إذا اتّضح أنّ أحد أطرافه كان يتعاقد لحساب الإدارة.

وإذا كان يجوز للإدارة أن تفوّض شخص خاص بالحلول محلّها في إبرام العقد يجوز لها أيضاً أن تقوم بإنابة جهة إدارية معينة في مباشرة إجراءات التعاقد لإبرام عقد معين ولو لم تعلم المتعاقد معها أنها تتعاقد بصفتها نائبة عن إدارة أخرى. وقد جاء مجلس الدولة المصري بفتوى رقم 454- في 8-6-1995 ونصّت على: «ولئن كان البادئ من الأوراق أن مجلس المدينة لم يعلم المقاول وقت إبرام العقد أنّه يتعاقد بصفته نائباً عن مديرية الأوقاف، إلا أنّه يخلص من ظروف الحال أنّ المقاول المذكور تاجر يحترف تنفيذ عمليات توصيل المياه وغيرها من مقاولات الأعمال الصحية لحساب من يتعاقد معه من الجهات العامة أو الخاصة مستهدفاً في المقام الأول تحقيق الربح، دون أن يعتد بشخص المتعاقد معه.» وعلى ذلك فإنّ آثار العقد الذي أبرمه مجلس المدينة ينصرف حقوقاً التزامات . إلى مديرية الأوقاف مباشرة.

وفي ختام الحديث عن المعيار العضوي لا بد من الإشارة إلى أنّ عقود مؤسسات القطاع العام وشركاته تخضع، من حيث المبدأ، لأحكام القانون العام. وبالتالي فإنّ عقودها المبرمة مع أشخاص القانون العام أو الخاص هي عقود إدارية إذا توفرت فيها المعايير.

المعيار الموضوعي



لا يكفي ليكون العقد إداريا أن يكون أحد أطرافه شخصاً اعتبارياً عامّاً بل يجب أن يرتبط محلّه بمرفق عام، كما يجب أن تظهر فيه شروط غير مألوفة، وهذا يعني أنّه لا يكفي ليكون العقد إدارياً مجرد كون الشخص المعنوي العام طرفاً فيه، إذ أنّ ذلك هو الشرط اللازم غير الكافي، بل لابد من توفّر المعيار الموضوعي بعنصريه (المرفق العام والشروط الغير مألوفة[4])

يقوم المعيار الموضوعي على موضوع العقد ذاته، وقد أكّدت المحكمة الإدارية العليا السورية على ذلك بأنّ إبرام العقد بين شخص معنوي عام، وأحد الأفراد لا يستلزم بذاته اعتبار العقد من العقود الإدارية، فالمعيار المميز لهذه العقود ليس صفة المتعاقد بل موضوع العقد نفسه متى اتّصل بمرفق عام اتّصالاً مباشراً. بالإضافة إلى نية الشخص المعنوي بالأخذ بأسلوب القانون العام.

فإذا انقطعت الصلة بين العقد والمرفق العام فقد صفته الإدارية وأصبح عقداً من عقود القانون المدني، حتى ولو كان أحد أطرافه شخصاً عامّاً كذلك يجب أن يتضمن العقد شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص تعطي للإدارة حقوق وامتيازات لا يتمتع بها المتعاقد.

وسوف نقوم في هذا المطلب بدراسة اتّصال العقد بالمرفق العام ثم نتناول اختيار المتعاقدين لوسائل القانون العام.

[4] يلاحظ أن محكمة التنازع الفرنسية هي التي بدأت هذا المنهج في حكمها الشهير Entreprise pyrot الصادر في عام 8\7\1963 ، والمنشور في مجلة القانون العام الفرنسية لعام 963 ،ص787

أ- اتصال العقد بالمرفق العام

إنّ الذي لاشك فيه، أنّ مبادئ القانون الإداري[5] في الوقت الحاضر تقوم في كل من فرنسا[6] ومصر وسورية على أساس فكرة المرفق العام وذلك أنّ مقتضيات سير المرافق العامة هي وحدها ما يبرر ما يتضمنه القانون الإداري من خروج على المألوف في القانون الخاص، وعلى منطق القواعد التي تحكم علاقات الأفراد فيما بينهم.

والمرفق العام هو كل نشاط يتولاه أحد الأشخاص المعنوية العامة، ويهدف إلى تحقيق النفع العام، فالمرفق يجب أن يقدم النفع العام المنوط به، باستمرار وانتظام دون تقطّع أو خلل في سيره، لذلك يجب تلبية احتياجاته دائماً، وإذا انقطعت الصلة بين العقد والمرفق العام فقد صفته الإدارية وأصبح عقد من عقود القانون الخاص، وبالتالي يخرج من نطاق العقود الإدارية تأجير إحدى الهيئات العامة لقطعة أرض من أملاكها الخاصة لأحد الأفراد لإقامة مصنع خاص عليها.



أولاً: طبيعة علاقة العقد بالمرفق العام:

لقد تطور اجتهاد القضاء الإداري الفرنسي في هذا النطاق حتّى قرّر أنّ العلاقة بين العقد والمرفق العام الذي يتصل به، يجب أن تتّسم بمعلمين أساسيّين هما:

1- إنّ العلاقة بين العقد والمرفق العام يجب أن تكون مباشرة بشكل كافٍ، حيث قرر القضاء الإداري الفرنسي أن العلاقة بين العقد والمرفق العام الذي يتّصل به يجب أن تكون مباشرة وهذه الصفة المباشرة للعلاقة بين العقد والمرفق العام من شأنها أن تؤدي بالنتيجة إلى استثناء تلك العقود التي يكون محلها تزويد المرفق العام بوسائل مادية للتسيير من دائرة العقود الإدارية.

---

[5] مبادئ القانون الإداري –الدكتور سليمان الطماوي

[6] راجع فيدل –المرجع السابق ص 617

والمثال النموذجي لذلك، إنما في عقود التوريد التي يتجلّى ارتباطها مع المرفق العام بشكل غير مباشر، لذلك يجب أن تحتوي على شروط مألوفة ليعد عقداً إدارياً.

وأضاف الفقه أن اتصال العقد بالمرفق العام لا يكفي أن يكون مباشراً وإنما أيضاً يكون حالاً.

2- إنّ العلاقة بين العقد والمرفق العام يجب أن تتوافر فيها عناصر الدّقة والوضوح[7] وهذا يعني أنّ العقد ولو كان على علاقة مباشرة مع المرفق العام، فلا يمكن اعتباره عقد إداري بشكل تلقائي إن لم تتسم هذه العلاقة بالدقة والوضوح الكاملين، وإن تقدير وضوح ودقة العلاقة بين العقد والمرفق العام تعتبر مسألة واقع يقدّرها القاضي وفقاً لكل حالة على حده.

ثانياً: صور اتصال العقد بالمرفق العام:



يأخذ اتصال العقد بالمرفق العام صوراً عدّة، وإن كانت أغلبها تدور حول إنشاء المرفق وتسييره وتنظيمه، وأشارت إلى تلك العلاقة محكمة القضاء الإداري المصرية بقولها (...إنّ المعيار المميّز لهذه العقود "الإدارية"..في موضوع العقد نفسه، متى اتصل بمرفق عام من حيث تنظيم المرفق أو تسييره أو استغلاله أو المعاونة أو المساهمة فيه...)[8]

وبذلك تقول المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر في 4 شباط سنة 1968 «ومناط العقد الإداري.... أن يتصل بنشاط المرفق العام من حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة أغراضه، وتحقيق احتياجاته مراعاة لوجه المصلحة العامة».

وتظهر علاقة العقد بالمرفق العام بأحد الأشكال الآتية:

1- الشكل الأول: عقود تتعلق بتنظيم المرفق العام أو استغلاله. وأشهرها عقود الامتياز وبمقتضى عقد الامتياز تكلّف الإدارة شخص أخر عام أو خاص باستغلال مرفق يسلّم إليه بإنشاءاته المعدّة مسبقاً من جانب الإدارة، وذلك مقابل مبلغ محدد من المال يدفعه للإدارة ويكون المقابل الذي

---

[7] راجع في الفقه العربي مهند نوح ، العقود الإدارية ، المرجع السابق ، ص 40

[8] في القضية رقم 222 لسنة 10 صدر فيها الحكم في ديسمبر سنة 1956

يحصل عليه المتعاقد هو الفرق بين ما يدفعه للإدارة وما يحصل عليه من استغلال المرفق عن طريق جبايته رسوم من المنتفعين من خدمات هذا المرفق.

2- الشكل الثاني: يتجلّى في اشتراك المتعاقد اشتراكاً دائماً ومستقراً في تسيير المرفق العام، وذلك كما هو الحال في عقود التوريد التي يساهم المتعاقد فيها بتسيير المرفق الذي يتصل به العقد، بحيث لا يمكن تصوّر سير المرفق العام ما لم يبرم العقد مع المورِّد، ويأخذ عقد التوريد صوراً مختلفة فقد يأخذ صورة سلع يومية جارية في حياة الإدارة تحتاجها باستمرار، كالورق والقرطاسية والمحروقات، وقد يأخذ صورة التوريدات الكبرى التي تدخل في جوهر عمل المرفق العام الذي تنهض به الإدارة المتعاقدة، كما في حال توريد الأجهزة الطّبية العملاقة في المشافي العامة.

3- الشكل الثالث: من صور اتّصال العقد بالمرفق العام كون العقد وسيلة لتنفيذ المرفق العام إذ – في هذه الحالة – لا يمكن أن يقدّم المرفق خدماته، ما لم يتم إبرام عقود مع المستفيدين من خدماته[9] وقد اعتبرها القضاء الفرنسي من العقود الإدارية لأنّ موضوعها مرفق عام، العقد المبرم بين الدّولة وبعض الملاك بهدف إعادة التشجير، وكذلك العقد الذي يتم بمقتضاه منح مساعدة لإعادة توظيف العائدين إلى فرنسا.

ثالثاً: التكييف القانوني لعقود المرافق العامة الاقتصادية:

يقتصر وصف العقد الإداري على العقود المتصلة بنشاط المرافق العامة التقليدية، سواءً في ذلك الإداريّة أو المهنيّة إلا أنّ هذا الوصف ينحسر عن العقود التي تبرمها المرافق العامة الاقتصادية مع المنتفعين من خدماتها، حيث لا تعدو أن تكون عقوداً مدنية تخضع لأحكام القانون المدني، ويختصّ بنظر منازعاتها القضاء العادي وذلك يتّفق مع الطبيعة التّجاريّة لهذه المرافق ومع ما تسير عليه من أسس في ممارستها لنشاطها[10] وقد ذهبت المحكمة الإداريّة العليا المصريّة إلى أنّ «العقود التي تبرم بين المرافق العامة الاقتصادية وبين المنتفعين بخدمات تلك المرافق هي في حقيقتها عقود مدنيّة حيث قضت المحكمة «لمّا كان العقد مثار النزاع قد أبرم بين المدّعى عليه وبين الهيئة العامة للمواصلات السلكية واللاسلكية، وهي مرفق اقتصادي بقصد الإفادة من خدمات المرفق المذكور الخاصّة بالاتّصالات التليفونية، أي لتحقيق خدمة خاصّة للمشترك وليس له صلة بنشاط المرفق أو بتسييره وتنظيمه ومن ثمّ فهو يخضع

---

[9] راجع د. عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم مشرف ، المرجع السابق ،ص 57

[10] المحكمة العليا الدستورية المصرية ، دعوى رقم 9لسنة 7ق ، جلسة 5\77912 مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا الدستورية من نوفمبر سنة 1976، وحتى تشكيل المحكمة الدستورية العليا ،جزء 2 ص380.

للأصل في شأن العقود التي تنظّم العلاقة بين المرافق الاقتصادية وبين المنتفعين بخدماتها باعتبارها روابط القانون الخاص لانتفاء مقومات العقود الإدارية وخصائصها ولا يؤثّر في هذا النظر ما تضمنه من شروط استثنائية قد يختلط الأمر بينها وبين الشروط الاستثنائية التي يتميّز بها أسلوب القانون العام في العقود الإداريّة ذلك أنّ تلك الشروط مألوفة في نوعٍ خاص من العقود المدنية وهي عقود الإذعان، وقد نظّمها القانون المدني بنصوص تكفل دفع أضرارها عن الطرف الضعيف ».

وبتحليل هذا الحكم فإنّ المرافق العامّة الاقتصاديّة لا يؤثّر في طبيعتها المدنية أن تتضمن شروط غير مألوفة في روابط القانون الخاص حيث أنّ تلك الشروط غير غريبة على العقود المدنيّة وهي تسمّى عقود الإذعان المدنية. وسبب إخراج عقود المرافق العامّة الاقتصاديّة من طائفة العقود الإداريّة هي أنّ هدف هذه العقود تحقيق مصلحة خاصّة للمنتفع لا علاقة لها بمصلحة المرفق.

غير أنّه لا بدّ من الإشارة إلى العقود التي تبرمها المرافق الاقتصادية المتعلقة بتنظيمها وتسييرها وهي تكون إداريّة باحتوائها على بعض الشروط غير المألوفة في القانون الخاص، فهذه العقود هي عقود إدارية تحكمها روابط القانون العام. فالمشرع السوري وبموجب القانون 51 لعام 2004 أخضع المؤسسات العامة لأحكامه. ويتّجه القضاء الفرنسي إلى اعتبار العقود المبرمة بين المرافق الصناعيّة والتّجاريّة وبين المستفيدين هي من عقود القانون الخاص، ولو تضمن شروطاً غير مألوفة في العقود المدنيّة أو التّجاريّة، فمثل هذه العقود لا تعتبر إداريّة إلا إذا كان موضوعها تنفيذ مرفق عام.

فالتّطوّر الحديث يعترف بفكرة المرفق العام للمرافق الصناعيّة والتّجاريّة لأنّ الهدف الرئيسي لهذه المرافق ليس تحقيق الربح، وإن كان الربح طابعاً لها، لكن الواقع أن الهدف الرئيسي لها تحقيق المصلحة العامة، أسوةً بكل المرافق الأخرى، وما الربح الذي تحققه إلا أثر من الآثار المترتبة على صفة المرفق باعتباره يقوم بأعمال صناعية وتجارية.

ولقد قرّرت المحكمة الإداريّة العليا المصريّة أنّ تنظيم المهن الحرّة كالطّب والمحاماة والهندسة، هي مرافق عامة، ممّا يدخل أصلاً في صميم اختصاص الدّولة بوصفها قوّامة على المصالح والمرافق العامة فإذا رأت الدولة أن تتخلّى عن هذا الأمر لأعضاء السلطة العامة، يستعينون به على تأدية رسالتهم مع الاحتفاظ بحقّها في الإشراف والرقابة تحقيقاً للصالح العام فإنّ ذلك لا يغيّر من التكييف القانوني لهذه المهن بوصفها مرافق عامة.

ولمّا كانت العقود الإدارية تقوم على أحكام استثنائية، فيجب أن يكون لذلك ما يبرّره، بأن تكون تلك العقود ذات صلة وثيقة بالمرفق العام.

وقضت المحكمة الإدارية العليا المصرية أنّه وإن كانت هذه العقود (الإدارية) تختلف عن العقود المدنية في أنّها تستهدف مصلحة عامة، وهي تسيير المرافق العامة عن طريق الاستعانة بالنّشاط الفردي، مما ينبغي معه أن يراعى فيها دائماً وقبل كل شيء، تغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد.

ب- اختيار المتعاقدين لوسائل القانون العام:

ذلك أنّ اتّصال العقد الذي تبرمه الإدارة بالمرفق العام، إذا كان شرطاً لازماً لكي يصبح العقد إدارياً، فإنّه لا يكفي بذاته لكي يضفي على العقد تلك الصفة، وتحرص أحكام مجلس الدولة على إبراز هذه الحقيقة الجوهريّة في موضوع العقود الإدارية.

ومن ذلك، قول محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في 16 ديسمبر سنة 1956 «.... كما أنّ علاقة العقد بالمرفق العام إذا كانت ضرورية لكي يعتبر العقد إدارياً، فإنها ليست مع ذلك كافية لمنحه تلك الصفة اعتباراً بأن قواعد القانون العام ليست ذات علاقة حتمية بفكرة المرفق، إذ أنه مع اتصال العقد بالمرفق العام، فإن الإدارة قد لا تلجأ في إبرامه إلى أسلوب القانون العام، لما تراه من مصلحتها في العدول عن ذلك إلى أسلوب القانون الخاص، فتتّبع في شأنه ما يتبعه الأفراد في تصرفاتهم الخاصّة. ومن ثمّ فإنّ المعيار المميّز للعقود الإدارية عمّا عداها من عقود الأفراد وعقود القانون الخاص التي تبرمها الإدارة، ليس هو صفة المتعاقد، بل موضوع العقد نفسه، متّى اتصل بالمرفق العام على أيّة صورة من الصور... مشتركاً في ذلك على درجة متساوية مع الشروط الاستثنائية غير المألوفة في العقد....».

وأهم وسيلة يعتمد عليها القضاء الإداري . في فرنسا وفي مصر وسورية . للكشف عن نيّة الإدارة في اختيار وسائل القانون العام هي أن يتضمن العقد شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

ومن أحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية بهذا الخصوص:

«وأخذ بأسلوب القانون العام فيما تضمنه من شروط غير مألوفة في القانون الخاص».[11]

ولقد أخذ القضاء الإداري السوري بمعيار الشروط غير المألوفة لتمييّز العقد الإداري عن عقود القانون الخاص، وفي هذا تقول المحكمة الإدارية العليا "... من المسلّم به أنّ العقد الإداري

[11] حكمها الصادر في 2 يناير سنة 1965 (س10، ص316).

يتميّز ضمن ما يتميّز به باحتوائه على شروط غير مألوفة في العقود المدنية، الغرض منها ضمان حسن سير المرافق العامة " [12]

والملاحظ في هذا الصدد أنّ القانون الإداري قد تطوّر: فلقد كان القانون الإداري يقوم في أوّل الأمر على فكرة المرفق العام كلية، فكانت قواعد القانون الإداري ذات علاقة حتمية بفكرة المرفق العام، وذلك حينما كانت المرافق العامة مقصورة على المرافق الإدارية وحدها.

ومن ثمّ فقد كان يكفي أن يتّصل العقد بمرفق عام حتى يكون إدارياً، لأن المرافق الإدارية تخضع كليةً للقانون العام.

ثمّ حدث التطور الذي تطرّقنا إليه في ظهور المرافق الصناعيّة والتجارية التي منحت الإدارة فيها حرية في اختيار الوسيلة التي تحقق بها الصالح العام، ومن ثمّ لم يعد اتصال العقد بمرفق من المرافق العامة ليكتسب الصفة الإدارية، لاحتمال أن تكون الإدارة أخذت بأسلوب القانون الخاص.

لذلك ظهر هذا الشرط الأخير لتمييز العقود الإدارية وذلك بالشروط الاستثنائية التي يتضمنها.

أولاً: تعريف الشروط الغير مألوفة وتحديد ماهيتها.

حاول مجلس الدولة الفرنسي تعريف تلك الشروط في حكم صادر في 20 أكتوبر سنة 1950 أنه «تلك التي تمنح أحد الطرفين حقوقاً أو تحمله التزامات غريبة في طبيعتها، عن تلك التي يمكن أن يوافق عليها من يتعاقد في نظام القانون المدني أو التجاري».[13]

وهذه الشروط لا توجد عادة في القانون الخاص لأحد الأسباب التالية:

1- لأنها تعتبر غير مشروعة إذ أظهرت فيها، وذلك كشرط الإعفاء من الضمانة العشرية.

2- لأنها مستحيلة في علاقات القانون الخاص كشرط ممارسة بعض امتيازات السلطة كالتنفيذ المباشر، أو كالتعهد بعدم منح ترخيص للآخرين.

3- لأنها صعبة القبول في عقود القانون الخاص كالشروط التي تكرس عدم المساواة بوضوح بين الطرفين، وذلك كالشرط الذي يمنح سلطة الرقابة أو حق استعمال الأماكن المتعاقد عليها.

---

[12] حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ 13\5\1961، مجموعة السنة 6 ،ص 1012 ،مجموعة العشر سنوات ص 1043 ،

[13] المجموعة ص 505

ويرجع في تحديد وصف الشرط بأنه غير مألوف في عقود القانون الخاص إلى القانون الإداري أو إلى القاضي العادي أو إلى محكمة تنازع الاختصاص، حسب ظروف نظر الدعوى.

ذلك قد يحدث تردد أو خلاف حول شرط من الشروط، من ذلك شرط فسخ العقد بالإرادة المنفردة للإدارة في حالة إخلال المتعاقد مع الإدارة ببعض التزاماته.

فقد اعتبرته محكمة النقض الفرنسية لا يدخل ضمن الشروط غير المألوفة في القانون الخاص، بينما اعتبره مجلس الدولة الفرنسي ومحكمة التنازع من الشروط المألوفة.

وأياً كان المعيار الذي يمكن الاستناد إليه لتمييز الشرط غير المألوف، فإن تطبيقه العملي يمكن أن تؤدي إلى نتائج مختلفة.

فشرط من الشروط قد تعتبره إحدى المحاكم غير مألوف في القانون الخاص، بينما تعتبره محكمة أخرى مألوفاً، وذلك لأن الأمر لا يتعلق بمعيار رقمي ليس من شأنه أن يثير خلاف بين المطبقين.

ويلاحظ أن الشرط غير المألوف الذي يجعل عقد الإدارة إدارياً لا يتحقق إذ فرض التزامات على عاتق الإدارة، لأن الأمر في هذه الحالة لا يتعلق بسلطات لصالح الإدارة، أو التزامات على عاتق الطرف الآخر.

وقد رفض القضاء اعتبار بعض الشروط شروط فادحة أو استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص ومن هذه الشروط:

1- النص في دفتر الشروط على إبرام العقد عن طريق المناقصة.

2- تحديد مدد تنفيذ بنود العقد وجزاءات التأخير في التنفيذ.

3- اشتراط فسخ العقد بقوة القانون في حالة مخالفة بنود العقد، أو الإخلال بالالتزامات المترتبة عليه.

4- تعهد المشروع بأن يصدر المنتجات المحلية للخارج، وأن ينشئ وظائف جديدة.

كما أن وجود الشرط غير المألوف في العقد يدل على اتجاه إرادة الطرفين إلى اعتبار العقد إدارياً، لذلك قيل أن قصد المتعاقدين بين الخضوع لأحكام القانون العام أو الخاص يتضح من شروط العقد، ولا شك أن لأطراف العقد الحرية بتحديد الشروط التي سيتم فيها تقديم الأداءات المتقابلة تنفيذاً للعقد، ويقوم القاضي بتقدير ما إذا كانت هذه الشروط تتوافق مع نظام القانون الإداري وتخضع بالتالي لاختصاص القضاء الإداري أم لا.

ومعنى ذلك أن إرادة المتعاقدين لها دور لا يمكن إنكاره في تحديد الاختصاص القضائي عن طريق تحديد شروط العقد.

وذلك رغم أن تحديد الاختصاص القضائي هو أصلاً من النظام العام الذي لا يجوز الاتفاق على مخالفته، فهنا لا توجد مخالفة لقواعد الاختصاص، لأن القانون يخول الأفراد سلطة تحديد شروط العقد، ومن خلال تقدير القاضي لهذه الشروط يتحدد القضاء المختص.

ثانياً: مظاهر الشروط الغير المألوفة:

1- الشروط التي تتضمن امتيازات الإدارة لا يمكن أن يتمتع بها المتعاقد الآخر. وبمقتضى هذه الشروط تستطيع الإدارة أن تحمّل المتعاقد معها، وبإرادتها المنفردة، التزامات تجعل موقف المتعاقدين منها في العقود الإدارية غير متكافئ.

فمنذ الخطوات الأولى في إبرام العقود الإدارية يتجلى هذا الإخلال بقاعدة مساواة المتعاقدين.

ومع ذلك توجد بعض الشروط التي لا يعدها القضاء استثنائية إلا إذا كانت الإدارة تتمتع فيها بسلطة تقديرية كاملة في تقريره بغض النظر عن إرادة الطرف الأخر في العقد[14]، فالفرد الذي يتقدم بقصد التعاقد في مناقصة أو مزايدة عامة يلتزم بمجرد تقدمه، أما الإدارة فلا تلتزم إلا في وقت متأخر، وقد لا تلتزم إطلاقاً.

بل وقد تحتفظ بحقها في التحرر مطلقاً من العقد، فالإدارة تحتفظ لنفسها بالحق في تعديل التزامات المتعاقد معها سواء بالنقص أو بالزيادة، وبسلطة التدخل للإشراف على تنفيذ العقد أو إنهائه بإرادتها المنفردة، دون حاجة لرضا الطرف الآخر.

وأخيراً إن من تلك الشروط ما يخول الإدارة توقيع عقوبات على المتعاقد معها، في حالة إخلاله بالتزاماته دون حاجة إلى وقوع ضرر أو اللجوء إلى القضاء.

2- شروط تخول المتعاقد مع الإدارة سلطات استثنائية في مواجهة الغير، أي أنها تخول المتعاقد مع الإدارة، الحق في ممارسة بعض مظاهر السلطة التي تمارسها الإدارة عادة، وبالقدر الذي يستلزمه تنفيذ العقد الإداري، وواضح أن مثل هذه الشروط لا نظير لها في العقود التي تقع في نطاق القانون الخاص.

---

[14] راجع أ.د ثورية لعيوني ، المعيار المميز للعقد الإداري ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، القاهرة ، 1987م ص 214

وعلى هذا الأساس كثيراً ما تتضمن عقود الالتزام شروط تخول الملتزمين حق ممارسة بعض سلطات البوليس، أو حق نزع الملكية، أو فرض ارتفاقات معينة، كما أن المقابل الذي يتقاضاه الملتزم من المنتفعين هو رسم يخضع لأحكام القانون العام وليس أجراً مقابل الخدمة.

كما أنه نجد في عقود الأشغال العامة شروط تخول المقاول حق شغل بعض العقارات الخاصة لمدة محدودة، دون حاجة لرضاء ملاكها مقدماً.

3- الإحالة إلى دفاتر شروط معينة[15]: إن الإدارة كثيراً ما تعد شروط موحدة لطوائف مختلفة من العقود الإدارية، وتضمنها دفاتر تُطْبَع وتُعَدْ مسبقاً قبل التعاقد، وتعتبر جزءً من العقد الإداري بعد إبرامه بجوار الشروط الخاصة التي يتفق عليها بين الإدارة والمتعاقد الأخر.

فإذا لم يتضمن العقد شرطاً غير مألوف، ولكنه أحال إلى دفاتر الشروط تلك. فهل تعد هذه الإحالة بمثابة شرط استثنائي يضفي الصفة الإدارية على العقد؟

تتوقف الإجابة على طبيعة الشروط الواردة في الدفتر المشار إليه، فإذا كانت تلك الشروط استثنائية وغير مألوفة فلا شك أن العقد يصبح إدارياً، لأن الإحالة على دفتر معين يجعل الشروط الواردة به جزء من العقد وكأنها وردت به.

أما إذا كانت الدفاتر المحال إليها لا تتضمن شروط غير مألوفة فإن الإحالة لا تتضمن ما يفيد تحديد طبيعة العقد.

4- شروط تجعل الاختصاص للقضاء الإداري:[16] ولكن لا يؤخذ بهذا المبدأ على إطلاقه، فلا قيمة إطلاقاً للشرط إذا كانت طبيعة العقد واضحة، فإذا كانت العقد إدارياً بطبيعته لاحتوائه على شروط استثنائية وغير مألوفة، فإن شرط الاختصاص مجرد تأكيد لحقيقة ثابتة من قبل، وفائدة هذا الشرط تتجلى في حالة ما إذا كانت طبيعة العقد غير واضحة، بمعنى أن العقد الذي ورد به الشرط قد يكون إدارياً أو خاصاً وفقاً لإرادة المتعاقدين، ففي هذه الحالة إذا كانت الشروط غير قاطعة على إضفاء الصيغة الإدارية على العقد لكونها مجرد قرائن ترجح الصبغة الإدارية، فحينئذ يكون شرط الاختصاص بالإضافة إلى القرائن الأخرى العامل الحاسم في إبراز صفة العقد الإدارية.

[15] حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 21 أبريل سنة 1950 في قضية "Nuncie" المجموعة ص 231

les stipulation allributives de competence 2
17

5- اشتراك المتعاقد مع الإدارة مباشرة في تسيير المرفق العام، إذا خلا العقد من الشروط غير المألوفة أو القرائن السابقة، فإن القضاء الإداري في فرنسا يعتبره إدارياً إذا كان من شأنه أن يؤدي إلى اشتراك المتعاقدين في مباشرة تسيير المرفق العام. وعلى هذا الأساس، استقر القضاء الإداري على أن عقد الامتياز، أو الالتزام، هو عقد إداري باستمرار لأنه يؤدي إلى اشتراك الملتزم في إدارة المرفق العام بنفسه.

6- العقود التبعية والتكميلية:

إذا كان العقد موضوع النزاع قائماً بذاته، فإنه يمكن تحديد طبيعته القانونية في ضوء الضوابط السابقة.

على أنه إذا صادفنا في العمل حالة العقود التكميلية والتبعية التي لا توجد إلا مستندة على عقد سابق، هنا تمتد طبيعة العقد الأصلي إلى العقد التكميلي أو التبعي، وتأخذ حكم العقد الذي تتبعه فيما إذا كان إدارياً أو مدنياً.

المعيار القانوني

على الرغم من اتجاهات الفقهاء المعمقة في تحديد معايير تمييز العقود الإدارية، إلا أنه ظهر في القانون الإداري الفرنسي والمصري والسوري عقود إدارية بتحديد القانوني.

أ- العقود الإدارية بتحديد القانون في فرنسا

وهي العقود التي تعتبر إدارية باستمرار لأن القانون افترض فيها هذه الصفة، والمشرع جعل الاختصاص بهذه العقود باستمرار إلى القضاء الإداري، وهو القضاء الذي يطبق قواعد القانون العام.

1- عقود الأشغال العامة [17] وعقود بيع الأبنية المملوكة للدولة وذلك وفقاً لأحكام المادة الرابعة من القانون الذي يعقد الاختصاص بالمنازعات المتعلقة بها إلى مجالس المحافظات وهي المجالس التي أصبح اسمها المحاكم الإدارية.

2- عقود القروض العامة للدولة: حيث تدخل المنازعات المتعلقة بها في اختصاص مجلس الدولة وفقاً للقانون 17 يوليو 1790، وقانون سبتمبر 1793، مع ملاحظة أن الحكم لا يسري على قروض المحليات، فهذه تختلف من حالة إلى أخرى، فقد تكون إدارية، وقد تكون عقوداً خاصة حسب كل حالة، فمثل هذه العقود يقوم القضاء بتكييفها.

3- عقود إشغال الدومين العام وفقاً للمادة /84/ من المرسوم بقانون المتعلق بأموال الدولة، الصادر في 17 يونيو 1938، الذي يمنح الاختصاص بالمنازعات المتعلقة بها لمجالس المديريات أو المحافظات.

4- عقود الإيجار المتعلقة بمصادر المياه المعدنية المملوكة للدولة.

أما عقود القانون الخاص وفقاً للقانون الفرنسي فهي:

1- عقود الإجارة الزراعية التابعة للبلديات وفقاً لنصوص وأحكام المرسوم الصادر في 17 مايو 1809.

2- عقود التغذية المشتركة وفقاً لأحكام المرسوم الصادر في 22 أبريل.

3- عقود إيجار الدومين المملوك للدولة والمحافظات والمدن.

---

[17] أ،د سليمان الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ،المرجع السابق ،ص 128

4- عقود إيجار الصيد المتعلقة بالدومين العام الشهري وفقاً للمادة «421» من القانون الزراعي الصادر 29 يونيو 1984.

ب- العقود الإدارية في القانون المصري والسوري:

وهي عقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد ونص القانون المصري عليها في القانون رقم (9) لعام 1949 وقانون مجلس الدولة السوري رقم 55 للعام 1959 وذلك بأن ينعقد الاختصاص بمنازعات العقود الثلاثة لمحكمة القضاء الإداري وحدها.

أي أن المشرع في مصر وسورية وفرنسا استخدم أحكام القانون كوسيلة لتكيف العقد الذي تبرمه الإدارة وتحديد صفته وما إذا كان من العقود الإدارية ومن عقود القانون الخاص، وهذه الطريقة في تحديد وتمييز العقود الإدارية لم تعرف تطوراً يذكر، فضلاً عن أن هذه النصوص المحددة للعقود الإدارية هي نصوص قليلة وهي مستمدة من نصوص تعود لفترات قديمة.

تمارين:

السؤال: يعد من العقود الإدارية:

1 – عقد أبرمه المقاول "زيد" مع ملتزم بإدارة مرفق عام.

2 – عقد أبرمته وزارة التربية لتأجير سطح مبناها لشركة اتصالات.

3 – عقد أبرمه مورد لتقديم أجهزة لنقابة الأطباء.

4 – جميع الخيارات غير صحيحة.

الإجابة الصحيحة رقم 4.

الوحدة التعليمية الثانية

أنواع العقود الإدارية

الكلمات المفتاحية:

عقد أشغال – عقد توريد – عقد خدمات – عقود شراء – عقود تفويض – التزام – امتياز.

الملخص:

تتضمن هذه الوحدة أنواع العقود الإدارية من خلال التمييز الأساسي بين عقود الشراء العام وعقود تفويض المرفق العام – وضمن عقود الشراء العام التمييز بين عقود الأشغال وعقود التوريد وعقود الخدمات وضمن عقود تفويض المرفق العام بين عقدي الالتزام والامتياز.

الأهداف التعليمية:

في نهاية هذه الوحدة التعليمية يجب أن يكون الطالب قادراً على معرفة:

كل من أنواع العقود الإداري وأوضاع كل من طرفي العقد بالنسبة لكل منها.

تقسيمات العقــود الإدارية

للعقود الإدارية تقسيمات عديدة، تتنوع وتصنف حسب الزاوية المنظور منها، وأشهر هذه التقسيمات، تقسيم العقود الإدارية إلى عقود إدارية مسماة وعقود إدارية غير مسماة أو العقود الإدارية بطبيعتها.

ويقصد بالعقود الإدارية المسماة، تلك العقود الإدارية التي نظم القانون أحكامها ووضع لها نظاماً قانونياً محدداً، وجعل لها اسماً، هذه العقود توصف بأنها إدارية لأن القانون وصفها بهذه الصفة ووضع أحكامها على هذا الأساس، فهي عقود إدارية بلا خلاف وبغير حاجة إلى بحث فهي لذلك عقود إدارية مسماة إشارة إلى أن القانون سماها ووصفها بأنها إدارية.

ومن عقود الإدارة ما يرتب التزامات في جانب واحد ومنها ما يرتب التزامات في جانب كل من الطرفين المتعاقدين وهذا هو الأصل في العقود الإدارية.

وهناك أيضاً من عقود الإدارة ما يؤدي إلى إفادة كل من الطرفين المتعاقدين وهذا هو الغالب، ومنها ما يؤدي إلى إفادة طرف واحد، ثم إن بعض عقود الإدارة فوري التنفيذ ولكن معظمها منجم التنفيذ.[1]

وفقاً للاتجاهات الحديثة في تقسيم العقود الإدارية يمكننا القول: إن العقود الإدارية تنقسم إلى قسمين:

- القسم الأول عقود الشراء العام.
- القسم الثاني عقود تفويض المرفق العام.

[1] د. سليمان الطماوي – الأسس العامة للعقود الإدارية –دار الفكر العربي:1975-ص105

عقود الشراء العام



هي تلك العقود التي يكون محلها الشراء العام، أي إن محلها يكون تقديم أداءات معينة للإدارة مقابل ثمن محدد تدفعه هذه الأخيرة، وتسمى الإدارة–باعتبارها طرفا في العقد– في هذه العملية مشترياً عاماً [2].

ومن أبرز هذه العقود عقود الأشغال العامة والتوريدات والخدمات وهي عقود تبرمها الإدارة مع الغير في سبيل تقيم أداءات لسد حاجات المرفق العام، مقابل ثمن محدد يدفع للمتعاقد

وعلى ضوء ذلك سنأتي في الفرع الأول على عقد الأشغال العامة ثم في الفرع الثاني على عقد التوريد وفي الفرع الثالث على عقد الخدمات، وذلك وفقاً للآتي:

أ– عقد الأشغال العامة.

عقد الأشغال العامة أو عقد المقاولة اتفاق بين الإدارة وأحد المقاولين يقوم بمقتضاه هذا الأخير – بمقابل – ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات معينة لحساب الإدارة تحقيقا لمنفعة عامة[3]

وقد عرفت محكمة القضاء الإداري المصري عقد الأشغال العامة تعريفا مقاربا في حكمها الصادر في 23 كانون الأول لعام 1956 حيث تقول:

(إن عقد الأشغال العامة هو عقد مقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام، وتحقيقا لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد في العقد)[4].

ولوجود عقد الأشغال العامة لابد من توافر العناصر التالية:

([2])الدكتور محمد الحسين _ الدكتور مهند نوح، العقود الإدارية، مطبعة جامعة دمشق، 2006،،ص 61.

(3) الدكتور ماجد راغب الحلو، كتاب العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، 2009، ص211.

(4) الدكتور سليمان الطماوي، المرجع السابق،ص 125.

1. يجب أولاً أن يتعلق العقد بعقار، وليس بمنقول وإن كبر حجمه وذلك سواء تعلق الأمر بأرض غير مبنية أم بعقارات بالتخصيص.
2. يجب أن تتمثل أعمال الأشغال العامة في أعمال بناء أو هدم أو ترميم أو صيانة.
3. يجب أن تتم الأعمال المنصبة على العقار لحساب الجهة الإدارية، إذ ليس من اللازم أن يكون العقار مملوكا للإدارة[5].
4. يجب أن تتم الأعمال المكونة للأشغال العامة بقصد تحقيق النفع العام وليس تحقيقاً لكسب مالي.

ويقترب عقد الأشغال العامة من بعض العقود الإدارية، والسبب في ذلك أن هذه العقود تتلاقى معه من حيث الموضوع، ولعل أهم هذه العقود، عقد تقديم المعونة وعقد التزام الأشغال العامة وعقد مشروع الأشغال العامة. ولإيضاح الاختلاف لابد من إلقاء الضوء على هذه الأنواع من العقود الإدارية.

1- عقد تقديم المعونة:

عقد تقديم المعونة عقد إداري يتعهد فيه أحد أشخاص القانون الخاص أو العام بان يساهم نقداً أو عيناً في نفقات مرفق عام أو أشغال معينة، وذلك كأن يعرض احد الأثرياء المساهمة في إنشاء جامعة تكون قريبة من أملاكه، فإذا قبلت الإدارة العرض انعقد العقد وأصبح المتعاقد ملتزماً بتقديم ما تعهد به، إلا أن الإدارة غير ملزمة بتنفيذ المشروع الذي قدم العرض من اجله، ولا يعتبر عدم التنفيذ من جانبها خطأً تعاقدياً يمكن أن يستتبع مسؤوليتها[6]، لذلك يعتبر هذا العقد ملزم لجانب واحد. وبذلك يختلف هذا العقد عن عقد الأشغال العامة سواء من حيث المحل "موضوع العقد" أم من كون هذا العقد لا يلزم إلا جانب واحد بينما عقد الأشغال العامة ملزم لجانبين.

2- عقد التزام الأشغال العامة:

هو عقد تقوم الإدارة بموجبه بتكليف شخص عام آخر أو شخص من أشخاص القانون الخاص بتنفيذ أشغال عامة في مقابل استغلال هذه الأشغال لزمن معين[7].

---

(5) الدكتور ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص212.

(6)الدكتور ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص212.

(7) الدكتور مهند نوح، الموسوعة القانونية المتخصصة، نفس المرجع السابق، ص325.

وأن نقطة الالتقاء بين عقد الأشغال العامة من جهة وعقد التزام الأشغال العامة من جهة أخرى إنما تتمثل في أن كليهما يتعلقان من حيث المحل بتنفيذ الأشغال العامة من قبل متعاقد معين، ولكن الفرق بينهما أن المتعاقد في عقد الأشغال العامة يحصل على المقابل المالي لما تم تنفيذه من أشغال من الإدارة مباشرة على شكل ثمن محدد مسبقاً، وتعين شروط العقد طريقة دفعه، إما المتعاقد في عقد التزام الأشغال العامة فيحصل على المقابل لما تم تنفيذه من أشغال خلال استغلاله هذه الأشغال ذاتها واستثمارها لمدة محددة من الزمن عن طريق جباية الرسوم من المنتفعين بها.

3– عقد مشروع الأشغال العامة:

هو عقد يتعهد بمقتضاه أحد أشخاص القانون الخاص أو العام بتنفيذ أشغال عامة، وإدارة المشروع بعد إنجازه واستثماره لمصلحة الإدارة وذلك لقاء مقابل مالي محدد مسبقاً في العقد على شكل ثمن تقوم الإدارة بدفعه، وبالتالي فان عقد الأشغال العامة وعقد مشروع الأشغال العامة يلتقيان في أن كلا منهما يؤدي إلى تنفيذ أشغال عامة من حيث المحل وإن المقابل المالي المدفوع للمتعاقد في كلا العقدين يؤدى من قبل الإدارة على شكل ثمن، إلا أن الفرق بينهما يكمن في أن عقد الأشغال العامة لا يتضمن إدارة هذه الأشغال واستثمارها بعد إنجازها وإنما تسلم هذه الأشغال المنجزة إلى الإدارة لتقوم هي بنفسها بهذا العبء، أما في نطاق عقد مشروع الأشغال العامة فإن الإدارة لا تقوم بإدارة الأشغال بنفسها وإنما توكل هذا العبء إلى المتعاقد معها[8].

(8) الدكتور مهند نوح، الموسوعة القانونية المتخصصة، المرجع السابق، ص325.

ب- عقد التوريد.

يعرف عقد التوريد بأنه اتفاق بين احد الأشخاص المعنوية العامة وأحد الأفراد أو الشركات على توريد منقولات لازمة للمرفق عام مقابل ثمن معين. وهو المعنى الذي رددته محكمة القضاء الإداري المصري في أحكامها حيث قالت بان عقد التوريد (اتفاق بين شخص معنوي عام وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي العام لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين[9]). ومن خلال هذا التعريف يتضح أن موضوع عقد التوريد يجب أن يكون منقولات على خلاف عقد الأشغال العامة ويتميز عقد التوريد بالخصائص التالية:

1. عقد التوريد موضوعه دائما توريد منقولات.[10]
2. قد يتم تنفيذ عقد التوريد على دفعة واحدة أو على دفعات.
3. عقد التوريد ليس عقداً إدارياً بطبيعته وإنما يكتسب هذه الصفة لخصائصه الذاتية.[11].
4. عقد التوريد يختلف عن استيلاء الدولة على المنقولات المملوكة للأفراد، فهو يتم رضاء وبالاتفاق بين الطرفين، أما الثاني فيأتي غصباً ولضرورة ملحة تحتم على الإدارة القيام بذلك.
5. لا يقتصر عقد التوريد على التزام المتعاقد بما ورد ولكن يتناول ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة.

(9) الدكتور جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية،القاهرة 2005، الطبعة الثانية، ص119.

(10) الدكتور عبد الله طلبة، الدكتور نجم الأحمد، القانون الإداري، جامعة دمشق2004، كلية الحقوق، ص376.

(11) الدكتور جابر جاد نصار، المرجع نفسه، ص120.

ج- عقد الخدمات.

يعرف عقد الخدمات بأنه اتفاق يتعهد من خلاله المتعاقد مع الإدارة بأداء عمل حالاً أو مستقبلاً وذلك لقاء ثمن معين متفقاً عليه في العقد[12]، وإن أبرز مثالين لعقد الخدمات هما عقد النقل وعقد التعهد بالانتظام في الدراسة وخدمة الدولة.

1-عقد النقل:

يعرف عقد النقل على انه اتفاق بمقتضاه يتعهد فرد أو شركة بنقل أشياء منقولة للإدارة وذلك مقابل عوض معين[13] وقد يكون موضوع العقد مقصوراً على مرة واحدة أو على عدة مرات. إن الأحكام القانونية لهذا العقد هي نفسها أحكام عقد التوريد، إذ أن العقدين لا يختلفان إلا في موضوع كل منهما، إذ إن موضوع عقد التوريد هو توريد منقولات بينما موضوع عقد النقل يتعلق بأشياء منقولة.

ويختلط هذا العقد بعقد الامتياز إلا أن عقد النقل يكون لمرة واحدة أو لمرات عديدة، كما أن الإدارة هي التي تدفع العوض، بينما في عقد الامتياز يكون النقل منتظما كما أن المقابل يدفعه المنتفعون في صورة رسوم انتفاع[14] ومن الجدير بالذكر أن عقد النقل ليس عقداً إدارياً بطبيعته وإنما يكتسب هذه الصفة لخصائصه الذاتية، إذ من الممكن أن يكون عقد النقل مدنياً أو إدارياً، فإذا قام الناقل بوضع وسائل النقل التي يملكها تحت تصرف الإدارة بذات الشروط المألوفة في العقود التجارية ودون أن يتضمن عقد النقل شروطا استثنائية من القانون الخاص أو دون أن يساهم النقل مباشرة في نشاط المرفق العام كان العقد مدنياً.

2- عقود التعهد بالانتظام في الدراسة وخدمة الدولة:

كثر هذا النوع من العقود في الآونة الأخيرة حيث لجأت الجهات الإدارية إلى إبرام عقود مع طلاب من أحل إيفادهم للخارج أو الداخل من اجل الحصول على المؤهلات العلمية ليعودوا بعد ذلك إلى خدمة تلك الجهة فترة زمنية محددة بنص العقد، كما وتقوم الجهة الإدارية بالحصول على تعهد من الدارسين في معاهدها أو جامعاتها بالانتظام في الدراسة وخدمة الجهات فترة زمنية معينة بعد انتهاء الدراسة، ويترتب على هذه التصرفات القانونية حقوق والتزامات. ولعل أهمها التزام الموفد برد جميع النفقات المصروفة عليه من قبل الجهة الإدارية أثناء الدراسة فذلك في حال الإخلال بموجبات رابطة الإيفاد.

---

(12) الدكتور مهند نوح، الموسوعة القانونية المتخصصة، المرجع السابق، ص327.

(13) الدكتور محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص140.

(14) الدكتور ماجد راغب الحلو، المرجع السابق نفسه، ص219.

فالمحكمة الإدارية العليا بمصر مستقرة على أن التعهد الذي يقدمه الطالب أو وليه هو عقد إداري[15] وقد استقر الاجتهاد القضائي الإداري في سوريا ومصر على أن التعهد الذي يكتبه الموفد في بعثة حكومية بالعمل في الحكومة عقب عودته ولمدة معينة أو برد ما أنفقته الحكومة عليهم إذا امتنعوا عن الخدمة في الحكومة أو استقالوا أو فصلوا لأسباب تأديبية إنما هو من قبيل العقود الإدارية.

وعلى ذلك سار القضاء الإداري في سوريا حيث قررت المحكمة الإدارية العليا أن عقد الإيفاد يعتبر من العقود الإدارية التي يختص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري للنظر في المنازعات المتعلقة بها، وقد علل الاجتهاد مسلكه في تكييف الإيفاد على انه من قبيل العقود الإدارية وجود رابطة بين عقد الإيفاد والمرفق العام، وان هذه الالتزامات والحقوق المتبادلة بين الطرفين تعتبر شروطا غير مألوفة، وذلك إضافة إلى أن العقد قد أبرم من جانب أحد أشخاص القانون العام. كما بين الاجتهاد إن علاقة الموفد بالإدارة ليست علاقة عقد إداري فحسب بل هي علاقة عقد خدمات، إذ قررت محكمة القضاء الإداري المصرية هذا العقد (أي عقد الإيفاد) إنما هو عقد تقديم خدمات لمرفق من المرافق العامة وهو مرفق التعليم[16].

---

(15) الدكتور سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص179.

(16) الدكتور مهند نوح، الموسوعة القانونية المتخصصة، المرجع السابق، ص328.

عقود تفويض المرفق العام

إن عقود تفويض المرفق العام تقوم على اتفاق يسند من خلاله إلى أحد أشخاص القانون الخاص أو العام دور الاضطلاع بإدارة مرفق عام وذلك لقاء عوض يكون عن طريق تحصيل رسوم من المنتفعين بمحل العقد بما يغطي تكلفة إدارة المرفق وهامش من الربح يتقاضاه المتعاقد وأبرز أنواع هذه العقود هما عقد التزام وعقد الامتياز.

إن الفقه الفرنسي المعاصر قد حدد الأركان التي تقوم عليها عقود تفويض المرفق العام، وهذه الأركان هي:

1. يجب أن يكون محل التفويض مرفقاً عاماً قابلاً للتفويض فلا يجوز تفويض المرافق التي ترتبط بوظائف الدولة الجوهرية وهي التي يطلق عليها المرافق السيادية كما هو الحال في مرفق الشرطة ومرفق الدفاع.
2. يجب أن يكون محل التفويض استغلال المرفق وإدارته وليس نقل ملكيته، وبهذا المعنى فإن عملية التفويض لا تقود إلى خصخصة المرفق بل إن الإدارة تحتفظ دوما بسيادتها عليه.
3. الأسلوب الخاص الذي يحصل من خلاله المفوض على المقابل. حيث يلعب المقابل الذي يحصل عليه المفوض دوراً حاسماً في تحديد ماهية حق التفويض وتمييزه عن أنواع العقود الإدارية الأخرى، فلا يمكن الحديث عن وجود عقد تفويض في الوجود القانوني إلا إذا كان المقابل الذي يحصل عليه المتعاقد مع الإدارة يتكون من حصيلة استغلال المرفق(17)،وسوف نبدأ بدراسة عقد التزام المرفق العام باعتباره أهم عقود التفويض على الإطلاق ومن ثم بدراسة باقي عقود التفويض.

(17)الدكتور محمد الحسين_ الدكتور مهند نوح، المرجع السابق، ص 104.

أ- عقد التزام المرفق العام

إن عقد التزام المرافق العامة هو أهم وأشهر وأخطر العقود الإدارية المسماة، فقد عرفته محكمة القضاء الإداري المصري في حكمها بتاريخ 25 آذار عام 1956 بأنه (التزام المرافق العامة ليس إلا عقداً إدارياً يتعهد بمقتضاه أحد الأفراد أو الشركات على نفقته وتحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية وطبقاً للشروط التي توضع له بأداء خدمة عامة للجمهور وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه على الإرباح[18]).

ومن خلال هذا التعريف نلاحظ بأن عقد الالتزام هو عقد إداري ذو طبيعة خاصة وموضوعه إدارة مرفق عام، ولا يكون إلا لمدة محدودة فيتحمل الملتزم نفقات المشروع وأخطاره المالية ويتقاضى عوضاً في شكل رسوم يحصلها من المنتفعين. وتأتي خطورة هذا العقد وأهميته من كونه يسمح بأن يحل شخص عادي محل الإدارات العامة في إدارة مرفق عام.

ويتضمن عقد الالتزام نوعين من النصوص: نصوص لائحية ونصوص تعاقدية.

1- **نصوص لائحية:** وهي تتعلق بكيفية تنظيم المرفق العام موضوع عقد الالتزام وكيفية إدارته وعلاقته بالمنتفعين وما هي الرسوم التي يتفق على تحصيلها من الأفراد مقابل الانتفاع بخدمات المرفق، وهذه النصوص تقوم الإدارة وحدها بإعدادها وهي لا تختلف عن اللوائح الإدارية المنظمة للمرافق التي تدار بطريق الاستغلال المباشر[19]. وتستطيع الإدارة تعديلها بإرادتها المنفردة دون حاجة لموافقة الملتزم على أن يقابل ذلك حق الشخص الملتزم بالتعويض.[20]
2- شروط تعاقدية تحكمها قاعدة (إن العقد شريعة المتعاقدين) وهي تتعلق أساساً بنصوص مالية تضمن للملتزم مقابل تشغيل المرفق ويحكمها مبدأ التوازن المالي.[21]

إذ تشمل هذه النصوص كل الأمور المالية بين الإدارة والمتعاقد وهذه النصوص لا تهم الأشخاص المنتفعين بخدمات المرفق ولا تستطيع الإدارة تعديلها بمفردها إذ أنها مقيدة بضرورة موافقة الطرف الآخر على التعديل.

(18) الدكتور جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص73.
(19) الدكتور سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 109.
(20) الدكتور عبد الله طلبة، والدكتور نجم الأحمد، المرجع السابق، ص327.
(21) الدكتور ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص194.

ب- عقد امتياز المرفق العام

هو عقد تقوم الإدارة بموجبه بتكليف شخص من أشخاص القانون العام أو الخاص باستغلال مرفق يسلم إليه جاهزاً وبإنشاءاته من جانب الإدارة وذلك في مقابل مبلغ محدود من المال يدفعه للإدارة[22]، فيكون المقابل الذي يحصل عليه هو الفرق بين ما يدفعه للإدارة وما يحصل عليه من استغلال المرفق عن طريق جباية الرسوم من المنتفعين من خدمات هذا المرفق.

وإن معظم التشريعات لا تميز بين هذا العقد وعقد الالتزام إلا أن الفقه الفرنسي يميز بين الالتزام والامتياز على أساس الإنشاءات الأولية محل العقد، ففي عقود الالتزام تكون الإنشاءات الأولية على عاتق الملتزم أما في عقود الامتياز فإن صاحب الامتياز يتسلم المرفق لاستغلاله وقد قامت الإدارة بإعداد إنشاءاته الأولية، حيث يعتبر الأستاذ **(فالين)** أول من استخدم معيار للإنشاءات الأولية للتفرقة بين الالتزام والامتياز.[23]

وإضافة إلى ذلك يلاحظ أن الملتزم يتقاضى المقابل مباشرة من المنتفعين دون أن يدخل في علاقة مالية أولية مع الإدارة في حين أن صاحب الامتياز يدخل في علاقة مالية مع الإدارة حيث يدفع لها مبلغاً متفقاً عليه لقاء استغلاله للمرفق مقابل أن يستغل المرفق ويقوم بجباية رسوم من المنتفعين بخدماته وفقاً لتعرفة محددة مسبقاً.[24]

(22) الدكتور مهند نوح، الموسوعة القانونية المتخصصة، المرجع السابق، ص333.

(23) الدكتور مهند نوح، المرجع السابق، ص333.

(24) المرجع نفسه.

تمارين:

السؤال: يعد من عقود التوريد:

1 – عقد انشاء مبنى حكومي.

2 – عقد بناء سفينة.

3 – عقد ترميم مبنى.

4 – عقد صيانة عقار.

الإجابة الصحيحة رقم 2.

الوحدة التعليمية الثالثة

القيود الواقعة على حرية الإدارة عند إبرامها لعقودها

الكلمات المفتاحية:

اختصاص – استشاري – مكاني – زماني – موضوعي – شخصي – شفهي – مكتوب – ضمني – اعتماد – موازنة.

الملخص:

تتضمن هذه الوحدة أهم القيود التي ترد على حرية الإدارة في معرض إبرامها للعقود الإدارية ولا سيما لناحية الاختصاص – وأهمية الكتابة للعقود – وتوفر الاعتماد المالي.

الأهداف التعليمية:

في نهاية هذه الوحدة التعليمية يجب أن يكون الطالب قادراً على معرفة:

أهم القيود التي تحد من حرية الإدارة في معرض إبرامها لعقودها.

مقدمة:



ليست الإدارة مطلقة الصلاحية في معرض إبرامها للعقود الإدارية فالقانون فرض على الإدارة كثيراً من القيود التي ينبغي عليها مراعاتها من أول خطوة من خطوات التعاقد حتى إبرام العقد.

ومن هذا المنطلق تبرز أهمية هذه القيود الواردة على الإدارة في إبرام عقودها حيث أن عملية إبرام العقود الإدارية له ذاتية تختلف عن إبرام العقود بين الأفراد فالتعبير عن إرادة الإدارة هو ذو طابع موضوعي.

حيث تتجلى الخصوصية التي تحملها نظرية إبرام العقد الإداري في هذه القيود التي ترد على حرية الإدارة عند إبرام عقودها.

ولكن يمكننا أن نتساءل في مشكلة هذا الموضوع هل هذه القيود تؤدي إلى زيادة الروتين والتعقيد عند قيام الإدارة بعملية إبرام عقودها، أم إنها بالفعل مفتاح أمان لحسن قيام الإدارة بعملية التعاقد بشكل يضمن حقوقها وحقوق المتعاقد معها. وهذا ما سنعرفه عند معالجتنا لهذه القيود، وذلك وفقاً للآتي:

أ- الاختصاص بالتعاقد.

ب- الشكلية الكتابية والاعتماد المالي في العقد الإداري.

الاختصاص بالتعاقد

إن إبرام العقود لا يكون إلا من قبل أشخاص محددين يعينهم المشرع والأصل أن يمارس هؤلاء الأشخاص اختصاصاتهم بأنفسهم، ولا يجوز لهم تفويضها إلا في الحدود التي يضعها المشرع، ([1]) بالتالي هذا ما نقصده بالاختصاص، بأنه يجب على موظف معين أو جهة إدارية محددة أن يكون ذو صلاحية في إبرام تصرف قانوني بموجب أحكام القانون وهذا ما يشمل الأشخاص الذين يحق لهم إبرام هذا التصرف، وتحديد الموضوعات موضوع الاختصاص، وكذلك المدة الزمنية والمكان المعين الذي يستطيع الشخص المختص ممارسة اختصاصه فيها([2]). وفي هذا المطلب سنتعرض لإبرام العقد من قبل الشخص المعنوي العام حصراً، وسنتناول المختص بإبرام العقد الإداري باسم الشخص المعنوي العام.

أ- اختصاص الشخص المعنوي العام بإبرام العقود الإدارية.

ويقصد بذلك أن يكون الشخص الذي يبرم العقد الإداري شخص معنوي عام، أي لا يجوز أن تبرم عقود الإدارة لحساب أشخاص طبيعيين أو معنويين خاصين، ولكن يجب التنويه في هذا الصدد أنه عند إبرام التصرف القانوني ليس الموظف العام الذي يقوم بأعمال الإدارة هو الذي يلتزم اتجاه الغير وإنما الشخص الإداري العام هو المسؤول عن ذلك التصرف.([3])

والأشخاص المعنوية العامة المقصود بها الأشخاص المعنوية العامة المركزية واللامركزية.

ولابد لنا من أن نوضح في هذا المجال بأن تحديد مفهوم اختصاص الأشخاص العامة لا يتوقف على تحديد الأشخاص الذين يمكن أن يكونوا متعاقداً عاماً، لأن هناك مشكلات قد تظهر عند ممارسة الاختصاصات، فمن قبيل ذلك إجراء تعديل في وجود شخص قانوني عام، كأن تدمج عدة أشخاص معنوية عامة في شخص عام واحد، فهذه تعد مشكلة لناحية الممارسة الزمنية للاختصاص، ففي مثل هذه الحالة إن الالتزامات التي تعاقد عليها الشخص العام قبل تعديله تبقى في ذمة الشخص العام الجديد فلا يمكن له أن يتخلص منها، وذلك تطبيقاً للقواعد المتعلقة بالتوارث بين الأشخاص العامة، ونفس الحال يكون في حالة تقسيم الشخص المعنوي لعدة أشخاص معنوية.

[1] أ. دسليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، ط5، مطبعة جامعة عين شمس، 1991م. ص362

[2] أ. د سليمان الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مطبعة عين شمس ، القاهرة، 1991م. ص204

[3] . د فؤاد العطار، القانون الإداري دار النهضة العربية، القاهرة، 1976م. ص73

أما بالنسبة للممارسة الموضوعية للاختصاص، فإن مبدأ الخصوصية تلزم الوحدات الإدارية المحلية أن تبرم عقود ضمن الحدود الجغرافية التي تمارس نشاطها ضمنها، وكذلك تتصرف ضمن حدود الأغراض التي أنشئت من أجلها، في حين يبقى المجال مفتوحاً أمام الدولة للتعاقد في شتى المجالات.

وفي مسألة الاختصاص لابد أن نشير إلى مسألة الاستشارات قبل إبرام العقود، وذلك تكون لاعتبارات متعددة إما فنية أو لتلافي مخاطر قانونية أو لتمكين جهة الوصاية من ممارسة رقابة سابقة على التصرف. . . الخ.

وقد يكون هذا الرأي الاستشاري ملزماً من حيث الاستعانة به، ولكنه غير ملزم من حيث مضمونه، فإن هذا التدخل الاستشاري لا يعتبر مشاركة في مضمون التصرف بالتالي لا مشاركة في الاختصاص. ([4])

ويمكن أن يكون هذا الرأي ملزم من حيث الاستعانة به ومن حيث مضمونه، بالتالي هذا يعتبر مشاركة في الاختصاص بين الجهة المستشارة والمستشيرة.

ولابد من الإشارة أن هناك نوع آخر من الاستشارات التي تلجأ إليها الإدارة من تلقاء نفسها، وطبعاً هذا النوع من الاستشارات مهم في تحقيق المصلحة العامة ونرى أنه من المهم للإدارة أن تلجأ للإستشارات وذلك لتصل إلى أفضل العقود وأكثرها مشروعية من ناحية وأكثرها فائدة وتحقيقاً للمنفعة العامة من ناحية أخرى، وبالتالي لابد من تسهيل هذه النوع من الاستشارات للإدارات.

وفي سورية نذكر صورة للتدخل الاستشاري بأن يأخذ رأي:

أ- مجلس الدولة عند إبرام الجهات الإدارية لعقودها وهذا ما نص عليه قانون مجلس الدولة في المادة /44/ بأنه يجب استفتاء مجلس الدولة بالعقود التي تزيد قيمتها على 45 ألف ليرة سورية، والتي ارتفعت قيمة العقود الخاضعة إلى رأي مجلس الدولة قبل إبرامها إلى 25 مليون ليرة سورية حالياً. وخلافاً لهذا الأصل العام، فإنه يجوز للوزير المختص أن يستثني عند الاقتضاء من استفتاء مجلس الدولة:

1-العقود التي تبرم خارج الأراضي السورية.

2-العقود التي تتم بالمراسلة مع أشخاص طبيعيين أو اعتباريين مقيمين خارج الأراضي السورية.

[4] أ. د. محمد الحسين -د. مهند نوح - العقود الإدارية - منشورات جامعة دمشق - مركز التعليم المفتوح - قسم الدراسات القانونية - 2005م. ص253

3–العقود التي تبرم مع مندوب خاص مفوض من قبل أشخاص اعتباريين ليس لهم ممثل دائم أو فرع في سورية.

ونلاحظ أن رأي مجلس الدولة يكون حول إجراءات التعاقد وحول نصوص العقد ووضوحها وانسجام ذلك مع القانون. ([5])

ب–رأي الوزارة ذات الوصاية:

أي تخضع العقود المبرمة من قبل وحدات الإدارة المحلية، وأشخاص اللامركزية المرفقية إلى تصديق الوزارة التي تمارس الوصاية الإدارية عليها، حيث ترفع إليها العقود التي تتجاوز عشرة ملايين ليرة سورية.

مثال: وحدات الإدارة المحلية ترفع عقودها إلى وزارة الإدارة المحلية، والرأي([6]) في هذا الموضوع بأن رقابة الوزارة تقتصر على نواحي المشروعية دون نواحي الملائمة، فلا يجوز لجهة الوصاية (الوزارة) أن تعقب على مدى ملائمة العقد لظروف واحتياجات الجهة التي تقوم على إبرامه، بل تعقب فقط على صحة ومشروعية إجراءات التعاقد وشروط العقد.

ب- الاختصاص داخل الشخص العام بإبرام العقود الإدارية.

من المسلمات أن العقد الإداري يظهر إلى حيز الوجود القانوني عن طريق مجموعة من الموظفين العموميين، وهؤلاء يعبرون عن إرادة الإدارة.

ونلاحظ أن الاختصاص باسم الشخص المعنوي العام، يحدد عن طريق النصوص التشريعية، وتختلف السلطة التي يخولها القانون إبرام عقود الأشخاص المعنوية العامة حسب هذا الشخص.

1– فبالنسبة لعقود الدولة يلاحظ أن الوزراء هم المختصون بإبرام العقود وكل ضمن قطاعه الوزاري، مع إمكان الوزير أن يفوض اختصاصه بإبرام العقود كلاً أو جزءاً منها إلى سلطة إدارية أدنى بشرط ألا تتجاوز قيمة العقد الذي تصدقه هذه السلطة عشرة ملايين ليرة سورية سواء كان الاعتماد مرصداً للعمليات الجارية أو العمليات الاستثمارية.

[5] أ. د. محمد الحسين –د. مهند نوح– القانون الإداري، نفس المرجع، ص254

[6] رأي. ل. أ. د محمد الحسين و. د. مهند نوح مشار إليه بنفس المرجع السابق ص254

ولكن هناك عقود لا يستطيع الوزراء بمفردهم إبرامها بل لابد من تدخل السلطة التشريعية لإبرامها وهي عقود القرض العام وعقود التزام المرفق العام، وعقد القرض العام يعني أن يقرض أحد الأفراد أو البنوك مبلغاً من المال للدولة مقابل تعهده بدفع فائدة سنوية محدودة.

ويستفاد من نص الدستور السوري /م128 وم75/([7]) ضرورة موافقة مجلس الشعب ليكون إبرام عقد القرض مشروعاً وهذه الموافقة تعطى لمجلس الوزراء ليمارس اختصاص عقد القروض ومنحها.

أما بالنسبة لعقود التزام المرفق العام أن /م75/ من الدستور تشترط موافقة مجلس الشعب بالنسبة لعقود الالتزام التي تبرمها الدولة مع الشركات أو المؤسسات الأجنبية.

2- بالنسبة لعقود الأشخاص العامة اللامركزية تعتبر أكثر تعقيداً فهذه العقود تختص بإبرامها سلطتان إداريتان هما سلطة التقرير وسلطة التنفيذ، لذلك فإن توزيع الاختصاص في إبرام عقد الشخص العام اللامركزي ولاسيما المحلي يتمثل في مداولة عنصر التقرير حول إبرام العقد مع شخص اعتباري أو طبيعي معين ثم إصدار قرار بهذا الشأن، ولكن هذا لا يكفي في حد ذاته لإبرام العقد، بل يحتاج إلى تدخل سلطة التنفيذ وتنفيذ قرار سلطة التقرير بإبرام هذا العقد يعد إصدار القرار الذي يتضمن ذلك. ([8])

[7] دستور الجمهورية العربية السورية لعام 2012م.

[8] أ. د. محمد الحسين –د. مهند نوح – العقود الإدارية، مرجع سابق، ص123

الشكلية الكتابية والاعتماد المالي في العقد الإداري

سنتطرق في هذا المطلب للنوع الآخر من القيود الواردة على إبرام الإدارة لعقودها، وهو دور الشكل الكتابي، والإذن المالي.

أ- دور الشكل الكتابي في مجال العقود الإدارية.

من المسلم به أن عقود الإدارة تخضع لقاعدة التحرر من الشكليات فلم يشترط المشرع صراحة إجراء شكلياً معيناً في إبرام عقد معين، فإنه يكفي توافق إرادة الإدارة وإرادة المتعاقد معها لقيام الرابطة التعاقدية. ([9])

ولكن مع ذلك يمكن أن ينص القانون صراحة على ضرورة الكتابة في إبرام العقود، ففي مصر وسورية مثلا تشترط الصيغة المكتوبة في عقود الأشغال والتوريدات والخدمات والدراسات.

وكذلك يمكن ملاحظة حالة أن بعض العقود تتطلب الكتابة بسبب طبيعتها وإلا يمكن أن تعتبر معيبة. ([10]) وأوضح مثال على ذلك هو عقد الالتزام فهو من العقود التي لا تخضع – كقاعدة عامة – للمزايدات والمناقصات العامة، ومع ذلك فإنه من العسير تصور عقد التزام دون وثيقة كتابية تحدد حقوق وواجبات الملتزم، وكيفية تصفية الامتياز. . الخ.

وكذلك قد تفرض الشكلية عند خضوع الإدارة لقواعد الروتين، فذلك سيؤدي في معظم الحالات إلى أن تتضمن خطوات التعاقد وثائق كتابية، حتى ولو لم يفرغ العقد في النهاية في وثيقة مكتوبة. ([11])

وقد حصل جدل كبير في الفقه والقضاء حول ضرورة أن يكون العقد مكتوباً، حيث ثمة رأي فقهي قديم يقول بأنه يعتمد على الشكليات لتمييز العقود الإدارية عما عداها من عقود الإدارة، لكن محكمة القضاء الإداري في مصر في حكمها سنة 1957 قالت فيه "إن من بين العقود الإدارية ما يجب أن يكون مكتوباً حتى يتيسر تضمينه الشروط الاستثنائية التي تميزه عن العقود المدنية".

[9]أ. د. سليمان الطماوي، مرجع سابق ص372

[10] أ. د. محمد الحسين –د. مهند نوح – العقود الإدارية، مرجع سابق ص127

[11]أ. د سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص377.

إلا أن الفقه والقضاء الفرنسي استقر على أن اشتراط أن يكون العقد مكتوباً هو شرط متعلق بصحة العقد وليس خاصاً بطبيعته، وأن العقد الإداري يمكن أن يكون غير مكتوب، وفي هذه الحالة تكون الشروط الاستثنائية الغير مألوفة مضمنة في قواعد تنظيمية أو تشريعية قائمة من الأصل يخضع لها العقد عند إبرامه"

أما في سوريا على الرغم أنه لا توجد في القانون 51 الخاص بنظام العقود الموحد للجهات العامة نص عام يفرض الكتابة في العقود؛ إلا أنه توجد نصوص في القانون توحي بذلك بشكل واضح، ومنها م7 من القانون 51 لعام 2004 التي نصت على وجوب استناد العقد على وثائق مكتوبة (دفاتر الشروط الخاصة–دفتر الشروط العامة)([12]).

لكن الفقه والاجتهاد يقرون بفكرة وجود عقود إدارية غير مكتوبة وذلك في حالات متعددة:

عندما تتحلل الإدارة من الشكل الكتابي في بعض الحالات نتيجة لفكرة العقود الضمنية، كحالة امتداد عقد من عقود الإدارة بعد نهايته، وكذلك عقد تقديم المعونة، حيث يمكن أن نستشف تقدير وجود العقد الضمني من خلال القرائن المختلفة مثل الوثائق المكتوبة.

وقد يتم العقد بناء على مذكرات وفواتير مكتوبة، حيث استثناءً يمكن إبرام عقود الشراء العام دون اللجوء إلى الصيغة الكتابية لتدوين الالتزامات والحقوق للطرفين إذا كانت هذه العقود زهيدة القيمة، أي تعتمد الإدارة في هذه العقود فقط على الفاتورة التي يقدمها المورد، أو الكشف الذي يبرزه المقاول.

وكذلك الأمر في حالة العقود الشفهية، وهذا ما أقره مجلس الدولة الفرنسي وذلك بصدد عقد مبرم مع الإدارة لأجل نقل مواد ولوازم معينة، وكذلك فإن القضاء الإداري المصري أقر إمكانية إبرام عقود إدارية دون كتابة.

أما في سورية تم ترسيخ هذا المبدأ أيضاً حيث قضت المحكمة الإدارية العليا بوجود العقود الشفهية بصدد حالة بين إحدى الجهات وأمانة العاصمة حول استلام الطحين، حيث ذكرت أن عدم وجود عقد مكتوب بين الطرفين لا ينفي العلاقة العقدية بين الطرفين، فهناك عقداً إدارياً قائم بذاته ([13]).

[12] قانون 51 الخاص بنظام العقود للجهات العامة في سورية.

[13]أ. د. محمد الحسين –د. مهند نوح – العقود الإدارية، مرجع سابق ص129

ب- الإذن المالي لإبرام العقد.



لا تستطيع الإدارة أن تتعاقد وأن تلتزم بمبالغ معينة، إلا إذا وجد الاعتماد المالي اللازم لمواجهة الأعباء الجديدة. وهذه القاعدة ليست مقصورة على نشاط الإدارة المتعلق بالعقود الإدارية، وإنما تشمل كل نشاط إداري تقوم به الإدارة ويترتب عليه التزام بدفع مال.

بالتالي يجب على الإدارة أن تراعي نواحي الذمة المالية الإدارية والمبدأ العام يتضمن عدم إمكانية التزام الإدارة بنفقات مالية إذا هي لم تستند على اعتماد محدد. ([14]) وذلك لأن معظم العقود الإدارية تفرض إنتاج نفقات على عاتق الشخص العام المتعاقد بالتالي بالضرورة وجود اعتمادات في الموازنة للجهة المتعاقدة.

لكن وجود الاعتماد المالي لا يرتب بذاته التزاماً في جانب الإدارة، وإنما يوجد هذا الالتزام حين تتدخل الإدارة، وتعبر عن إرادتها باستخدام الاعتماد في تحقيق الغرض الذي رصد الاعتماد من أجله. ([15])

ولابد من الإشارة إلى أن بعض الجهات الإدارية ذات الاستقلال الذاتي تخضع لوصاية السلطة المركزية، كالمجالس المحلية التي تستطيع التعاقد والتصرف بشيء من الاستقلال تحت رقابة السلطة الإدارية المركزية، وقد أعطى المشرع السلطة المركزية حق الحلول محل السلطات اللامركزية إذا قصرت بالقيام بتصرف معين يرى المشرع إلزامها بالقيام به، وبذلك تصبح جهة الإدارة اللامركزية ملزمة بإنفاق المبالغ التي أدرجتها الإدارة المركزية في الغرض الذي خصصت من أجله.

وهذه الاعتمادات التي تغطي النفقات الناجمة عن العقود الإدارية لابد لها من سلطة مختصة ترخصها ففي عقود الدولة فإن البرلمان هو من يتولى ذلك. أما بالنسبة لعقود الجماعات المحلية فإن المجالس المحلية هي المختص بذلك.

ويلاحظ أنه وفق القانون المالي الأساسي في سورية يتم عقد النفقات من قبل السلطات المختصة قانوناً، وفي حدود القوانين والاعتمادات المخصصة في الموازنة العامة للدولة، ويجب ألا يرتب عقد النفقة التزامات على السنوات المالية المقبلة لكن باستثناء: [16]

[14]. دعمر حلمي، النظرية العامة للعقود الإدارية ، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، 1991م، ص157

[15] -د. سليمان الطماوي، مرجع سابق ص340

[16] القانون المالي الأساسي رقم54 لعام 2006م

1-تعيين العاملين والموظفين.

2-عقود العمل والإيجار والصيانة والتوريدات الدورية ويجوز إبرامها لمدة تتجاوز السنة المالية ولا تزيد على ثلاث سنوات، فإذا زادت على ثلاث سنوات ولم تتجاوز خمس سنوات وجب الحصول على موافقة وزارة المالية، وإذا زادت مدة التعاقد على خمس سنوات وجب الحصول على الموافقة بمرسوم، وفي كل الأحوال يجب ألا تزيد نفقة العقد في كل سنة مقبلة على الاعتماد المخصص في الموازنة لتلك السنة.

3-المشروعات التي لا يمكن تجزئتها والتي لابد أن يمتد تنفيذها إلى ما بعد السنة المالية الجارية فيجوز أن تبرم عقودها لمدة تتجاوز السنة المالية بشرط التقيد بالاعتمادات السنوية المخصصة في الموازنة لكل مشروع والحدود المقررة في الخطة الاقتصادية.

ولابد من الإشارة إلى أنه في حال مخالفة القواعد المالية المتعلقة بإبرام العقود فإن ذلك لا تأثير له على صحة العقد أي لا يؤدي إلى بطلانه لأن القاعدة المستقرة هي استقلال القانون المالي عن القانون الإداري، حيث أن مخالفة القانون المالي ليس لها نتائج إلا ضمن هذا القانون فقط.

تمارين:

السؤال: يمارس مجلس الدولة السوري على عقود الجهات العامة دوراً:

1 – رقابياً.

2 – استشارياً.

3 – تنفيذياً.

4 – لا دور له على العقود.

الإجابة الصحيحة رقم 2

الوحدة التعليمية الرابعة

وسائل إبرام العقد الإداري

الكلمات المفتاحية:

مناقصة – إعلان – لجنة مناقصات – عرض – عارض – مدة – ارتباط – متعاقد مرشح.

الملخص:

تتضمن هذه الوحدة اسلوب المناقصة لإبرام العقود الإدارية من خلال الحديث عن الإعلان وشروط تقديم العروض ومن ثم عمل لجنة المناقصات.

.

الأهداف التعليمية:

في نهاية هذه الوحدة التعليمية يجب أن يكون الطالب قادراً على معرفة:

كافة إجراءات المناقصة.

مقدمة:

تعد مسألة اختيار المتعاقد مع الإدارة على جانب كبير من الأهمية فيما يخص العقود الإدارية، حيث يتوقف على هذا الاختيار تنفيذ العقد بالشكل الأمثل، وقد تعددت طرق الإدارة في انتقائها للمتعاقدين معها وهذه الطرق غالباً ما يحددها القانون في نصوصه (كالمناقصة، طلب العروض، المسابقة، العقد بالتراضي).

وكقاعدة عامة، فإن السلطات الإدارية تخضع في إبرام عقودها لقيود لا يقابلها الأفراد في عقودهم الخاصة، والسبب في ذلك هو كون الإدارة لا تتعاقد لمصلحة فردية أو شخصية وإنما لأجل المصلحة العامة، كما أنها لا تتصرف في مال خاص بمشيئتها على النحو الذي تراه، ولكن تتصرف في مال عام يتمثل في حصيلة الخزانة العامة التي يمولها المواطنون بالضرائب والرسوم التي يدفعونها. وقد نص القانون رقم 51 لعام 2004 على الوسائل التي تلجأ إليها الإدارة لتأمين احتياجات الجهة العامة وتركت لآمر الصرف تحديد طريقة تأمين الاحتياجات المطلوبة.

سنأتي على أهم أساليب إبرام العقد الإداري في سورية ووفقاً للخطة الآتية:

- المناقصة.
- طلب العروض.
- التعاقد بالتفاوض.

المناقصة



تعد المناقصة من أهم الأساليب التي تستخدمها الإدارة في معرض إبرامها للعقود الإدارية، وقد اعتبرها المشرع السوري بموجب القانون 228 لعام 1969 الوسيلة الأساسية، إلا أنه ألغى عنها صفة الوسيلة الأساسية بموجب القانون 51 لعام 2004.

وتلجأ الإدارة للمناقصة عندما تكون الأداءات المطلوب التعاقد لتأديتها محددة بدقة دون أن يكون لذلك تأثير على مبدأ المنافسة، وعندما تتجاوز قيمتها سقف الشراء المباشر.

وتستند المناقصة إلى مبادئ أساسية تضمن المساواة وتكافؤ الفرص بين المشتركين، وتؤدي إلى حصول الإدارة على أفضل سعر، وقد أحاطها المشرع بمجموعة من الشروط والأحكام التي تضمن سير كافة مراحلها بدقة.

وبناءاً عليه سنأتي في الفرع الأول على ماهية المناقصة، وفي الثاني نبحث في مبادئ المناقصة وإجراءات لجنة المناقصة.

الفرع الأول– ماهية المناقصة.

سنتكلم في هذا المطلب عن التعريف بالمناقصة، وعن أنواع المناقصات، ثم نبحث في أهداف المناقصة.

أولاً: التعريف بالمناقصة:

سنتطرق في هذا الفرع للتحدث عن التطور التاريخي للمناقصة، ثم نقوم بتعريف المناقصة.

أ– **التطور التاريخي للمناقصة:** يحدد المشرع طرق معينة لإبرام العقود الإدارية، فإذا لم تتبع هذه الطرق كان العقد باطلاً. فركن الرضا في العقد الإداري يتحدد ضمن إجراء معين أو شكل محدد، وهذا القالب يعد من النظام العام، ويظهر من خلال اختيار الإدارة للمتعاقد معها. وقد ظهرت المناقصة العامة كإطار إجرائي لأول مرة وبشكل واضح في فرنسا في ظل ملكية تموز، وتبعاً لعدة قضايا فساد كانت تتعلق بعقود توريدات عسكرية، حيث صدر أمر 4 كانون الأول و14 تشرين الثاني 1836 اللذان وصفا طريقاً لإسناد عقود الأشخاص العامة على المتعاقدين معهم[1].

وكان مبدأ العمل بالمنافسة، يعتبر أن نظام المناقصة يجب أن يتفوق، إلا أن التحولات التي حصلت في المناقصة، قادت إلى السماح باللجوء إلى حلول أكثر مرونة، استدراج عروض، اتفاق بالتراضي، وتم الاعتراف في أول الأمر بهذه الإمكانيات بالنسبة لصفقات الدولة، ثم بالنسبة إلى صفقات الجماعات المحلية، وأصبح نظام الإرساء متماثلاً تقريباً بالنسبة للدولة والجماعات المحلية، ويمكن بموجب المادتين 238و279 من قانون الصفقات العامة اللجوء إلى اتفاق بالتراضي محدد بعدد من الفرضيات[2].

أما في سوريا فقد كان القرار رقم 124 تاريخ 15–2–1922 الذي يتضمن التعليمات المتعلقة بالمناقصات والمقاولات يطبق، وكانت هذه التعليمات تعتبر المناقصة أساساً لكل العقود المتعلقة بتأمين أشغال الدولة ولوازمها ونقلياتها، إلا في أحوال استثنائية فتتم العقود فيها بالتراضي، وبقي القرار 124 سارياً إلى أن صدر المرسوم التشريعي رقم 228 لعام 1969 المتضمن نظام العقود للهيئات العامة ذات الطابع الإداري[3].

[1]– د.مهند نوح– الإيجاب والقبول في العقد الإداري– رسالة دكتوراه– جامعة عين شمس– 2001– ص355.

[2]– جورج فوديل وبيار ديفلوفيه– القانون الإداري– ج1– ترجمة منصور القاضي– منشورات المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع– الطبعة الأولى– 2001 ص334.

[3] – د. زين العابدين بركات– مبادئ القانون الإداري– جامعة دمشق– مطبعة الإسكان العسكرية– دمشق–1986– ص652 .

ومن ثم صدر المرسوم التشريعي رقم 195 لعام 1974 متضمناً نظام عقود المؤسسات العامة والشركات العامة والمنشآت ومستثنياً إياها من أحكام المرسوم 228.

وبعدها صدر المرسوم رقم 339 عام 1982 الذي ينظم عقود شركات الإنشاءات العامة. ومن بعده القرار رقم 22 عام 1988 الصادر عن رئيس مجلس الوزراء والمتضمن عقود شركات ومؤسسات الإنشاءات العامة خارج القطر.

وكان قد صدر بتاريخ 27-9-1953 المرسوم التشريعي رقم (80) المتضمن قانون عقود ومبايعات ومبيعات وزارة الدفاع، وأخيراً صدر القانون رقم 51 عام 2004 المتضمن نظام العقود الموحد والذي أنهى العمل بأحكام أنظمة العقود المعمول بها لدى الجهات العامة[4].

ب- تعريف المناقصة: جاء نظام العقود الموحد خالياً من أي تعريف للمناقصة، وذلك بخلاف نظام عقود هيئات القطاع الإداري السابق حيث ورد في المادة (7) منه (أن المناقصة هي الطريقة الأساسية لتقديم المواد وانجاز الخدمات وتنفيذ الأشغال متى جاوزت القيمة التقديرية الحدود المقررة للشراء المباشر، وتتبع هذه الطريقة في كل الأحوال التي لم يرد في هذا النظام نص على الاستثناء منها).[5]

وقد تصدى الفقه من جانبه إلى تعريفه للمناقصة في العديد من المعاني والجوانب، فقد عرفها البعض، على أنها (الطريقة التي بمقتضاها تلتزم الإدارة باختيار أفضل من يتقدمون للتعاقد معها شروطاً سواء من الناحية المالية أو من ناحية الخدمة المطلوب أدائها)[6].

وعرفها البعض الآخر، على أنها (الإطار الإجرائي المرسوم من قبل المشرع لتبادل الإيجاب والقبول في العقد الإداري، وتقوم على مبادئ المنافسة المفتوحة والعلانية، والإسناد التلقائي على أقل سعر، وتنهض بعبء عملياتها سلطة مختصة هي لجنة المناقصة، على أن تبقى نتائج الإرساء الذي توصلت إليه لجنة المناقصة موقوفاً على اعتماد أو توقيع السلطة المختصة بإبرام العقد)[7].

[4] – المادة 4 من مرسوم تصديق القانون رقم 51 تاريخ 9-12-2004.

[5] – المادة 7 من نظام العقود الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 228 عام 1969.

[6] – أ.د.سليمان الطماوي- الأسس العامة في العقود الإدارية- منشورات دار الفكر العربي- مطبعة جامعة عين شمس- ط5- 1991 ص239.

[7] – أ.د. محمد الحسين-ود.مهند نوح- العقود الإدارية- منشورات جامعة دمشق- التعليم المفتوح،2005،ص34.

وقد عرفها البعض على أنها (عملية إحالة العقد على صاحب أقل العروض المقدمة للمنافسة، وهي عكس المزايدة، إذ تقوم الأخيرة على إحالة العقد على صاحب أعلى العروض المقدمة للمنافسة)[8].

بعد أن استعرضنا تعريف المناقصة والتطور التاريخي لها، ننتقل للتحدث عن أنواع المناقصات.

ثانيا – أنواع المناقصات:

سنتكلم في هذا الفرع عن المناقصات الداخلية والخارجية وعن المناقصة المقيدة.

أ- المناقصة الداخلية والخارجية:

1- **المناقصة الداخلية:** وتعتمد على جنسية العارض بحيث يحق فقط لرعايا الدولة أو من تختارهم من جنسيات أخرى للتقدم للمناقصة، وعليه فقد نص قانون العقود الموحد على أنه (يقصد بالمناقصات الداخلية المناقصات التي يسمح بالاشتراك فيها لرعايا الجمهورية العربية السورية ومن في حكمهم ورعايا الدول العربية المقيمين في سوريا)[9].

وبالتالي فإن المشرع السوري حدد الفئات التي يحق لها التقدم لهذه المناقصة:

أ. العارضين المتمتعين بجنسية الجمهورية العربية السورية وفق المرسوم (276) لعام 1996 [10].

ب. العرب الفلسطينيين المشمولين بالقانون (260) لعام 1956 [11].

ج. رعايا الدول العربية شرط الإقامة في الجمهورية السورية، ولم يشترط القانون مدة معينة للإقامة.

2- **المناقصة الخارجية:** ينص نظام العقود الموحد على أنه يقصد بالمناقصات الخارجية (تلك التي يسمح فيها بالاشتراك للعرب والأجانب بالإضافة إلى الذين يسمح لهم بالاشتراك بالمناقصات الداخلية). المادة (9) فقرة ب من القانون (51) لعام 2004.

[8] – د. محمد خلف الجبوري– النظام القانوني للمناقصات العامة– مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع– عمان– الأردن– 1999 ص66.

[9] – المادة–9– الفقرة ب من نظام العقود الموحد.

[10]– المادة 3 من المرسوم التشريعي 276عام 1969 يعتبر سورياً حكماً من ولد في القطر أو خارجه من والد عربي سوري.

[11]– النظام الأساسي للعاملين في الدولة الصادر بالقانون 50 لعام 2004.

وبالتالي سمح المشرع السوري للأجانب التقدم إلى المناقصة الخارجية فقط دون المناقصة الداخلية، على أنه لا يسمح للعارض الأجنبي بالدخول بالمناقصات دون أي قيد أو شرط، فقد اشترط القانون (51) لعام 2004 في المادة (11) منه فقرة أ/6 على (ألا يملك العارض أي مصنع أو مؤسسة أو مكتب فرعي في إسرائيل وألا يكون مشتركاً في أي مؤسسة أو هيئة فيها وألا يكون طرفاً في أي عقد للتصنيع أو التجميع أو الترخيص أو المساعدة الفنية مع أي مؤسسة أو أي هيئة أو شخص في إسرائيل وألا يزاول مثل هذا النشاط في إسرائيل سواء بشخصه أو عن طريق وسيط وألا يساهم بشكل من الأشكال في دعم إسرائيل أو مجهودها الحربي).

ب- المناقصة المقيدة:

هي صيغة خاصة للمناقصة تعتمد على الإرساء على السعر الأقل، ولكن المنافسة فيها تكون محدودة بحيث لا يدخلها إلا المرشحون الذين اختارتهم الإدارة نظراً للضمانات المالية والمهنية التي قدموها، وذلك لأن محل العقد أو قيمته يحملان أهمية خاصة [12].

بموجب هذا النوع من المناقصات تدعو الإدارة عدداً محدداً من الأفراد أو الشركات للاشتراك فيها ممن لديهم خبرة بمستوى معين في تنفيذ الأعمال، وتتبع هذه الطريقة عادة في الأحوال التالية:

أ. في المشروعات الإنتاجية والاستثمارية ذات الأهمية الكبيرة كالمصانع والمطارات.

ب. المشاريع التي تتطلب سرعة في الانجاز.

ج. الأعمال أو التوريدات المحتكر صنعها أو استيرادها أو التي لا توجد إلا عند شركات أو أشخاص معينين.

ونظراً لأن اللجوء إلى هذا الأسلوب يعتبر طريقة استثنائية على مبدأ المنافسة الحرة، فإن المشرع عادة ينظم حالات جواز اللجوء إلى هذا النوع، وقد نص قانون العقود الموحد على المناقصة المقيدة تحت مسمى (المناقصة المحصورة) المادة (26) قانون (51) لعام 2004. وبالنسبة للمناقصة في هذه الحالة (مناقصة محصورة) يوجد هناك مجموعة من الشروط يجب مراعاتها حيث نصت المادة (26) من قانون (51) لعام 2004 على:

[12]- أ.د. محمد الحسين-ود. مهند نوح: مرجع سابق-ص152.

– صلاحية الإعلان عن المناقصة المحصورة لآمر الصرف.

– توافر شروط وكفاءة مادية وفنية بالعارضين، وقد ورد في بلاغ عن رئاسة مجلس الوزراء وجوب تضمين دفاتر الشروط الخاصة لكل تعهد الشرائط المالية والفنية والمهنية التي تراها لإنفاذ التعهد على الوجه الأكمل وفي الأوقات المحددة، وألا تقبل العروض التي لا تتوافر فيها الشرائط السابقة السالفة الذكر والمطلوبة في دفاتر الشروط [13].

– وجود أسباب تتعلق بطبيعة العمل أو نوعيته أو ظروفه، وهذه الأسباب يعود تقديرها للإدارة.

– تقوم اللجنة بتدقيق وثائق العارضين وتحديد أسماء المقبولين.

– قرار لجنة المناقصة بتحديد أسماء المقبولين قطعياً.

ولكن بالنظر إلى التعليمات التنفيذية لنظام العقود، فقد نصت على أن الجهة التي تتولى هذا التأهيل، هو عبارة عن لجنة خاصة يشكلها آمر الصرف لهذه الغاية. نصت المادة 26 من اللائحة التنفيذية على "إعطاء الحق لآمر الصرف الحق بالإعلان عن مناقصة محصورة بمن تتوافر فيهم شروط الكفاءة المادية والفنية ويجب أن تدقق هذه الشروط والكفاءات من قبل لجنة متخصصة يشكلها آمر الصرف للعروض لهذه الغاية" وبالتالي فإن المادة 26 من نظام العقود الموحد ولائحته التنفيذية تكونان متناقضتين وغير منسجمتين وينزع دور اللائحة من التفصيل والتفسير إلى مخالفة لأحكام القانون والإضافة عليها.

ثالثاً – أهداف المناقصة:

سنتكلم في هذا الفرع عن الأهداف المالية للمناقصة وعن الأهداف الإدارية للمناقصة.

أ– الأهداف المالية للمناقصة:

1–الاقتصاد في النفقات: عند قيام الدولة وهيئاتها العامة بإشباع الحاجات العامة، تقوم بإنفاق العديد من المبالغ بهدف الوصول إلى تحقيق أكبر قدر ممكن من النفع العام، ولذلك كان لابد من وجود رقيب على هذا الإنفاق حتى لا يحيد عن غرضه الأساسي، [14]وهنا يظهر دور المناقصة كوسيلة للاقتصاد والتوفير، فعندما تقوم الإدارة بالإعلان عن المناقصة فإنها تتوخى أن

[13]- بلاغ رئاسة مجلس الوزراء– تاريخ 6–3–1976.

[14]– د. محمد سعيد فرهود، مبادئ في المالية العامة، منشورات جامعة حلب، 1997، ص159.

يتم اختيار أفضل العروض سعراً من بين مجموعة العروض مما يحقق اقتصاداً ووفراً يعود في النهاية على الخزينة العامة.

2-إدارة المال العام والحفاظ عليه: ففي كل مرة تنجح فيه المناقصة، يتحقق نوع من الوفر للمال العام، كما يؤدي إلى تحقيق حركة بيع وشراء في السوق مما يؤدي إلى الانفتاح الاقتصادي وتحرك الدورة الاقتصادية، وكل ذلك يؤثر بشكل كبير على إدارة المال وتوزيعه، بما يكفل تحقيق الغاية التي تخدم الاقتصاد الوطني.

ب- الأهداف الإدارية للمناقصة: هذه الأهداف ترتبط وبشكل وثيق بسير وانتظام المرفق العام، وهي التي تمنح الإدارة نوعاً من الحرية في اختيار المتعاقد معها، وذلك بهدف الوصول إلى أفضل العروض فنياً ومالياً، ويمكن أن تنحصر الأهداف فيما يلي:

1- تحقيق الكفاءة في الأداء: ففي سبيل أن يحقق المرفق العام، استمرارية ديمومته في توفير الخدمة للأفراد، يجب أن يتوفر حسن في الأداء والتنفيذ الجيد، وبالنسبة للمناقصة نرى أن الإدارة لا ترمي منها فقط اختيار أفضل أنواع العروض مالياً وإنما تهتم أيضاً بالجانب الفني الذي يحقق تنفيذ أمثل للعقد المبرم[15]، عندما تنظم دفاتر الشروط الخاصة بالمناقصة بما يضمن ذلك، إلى جانب العامل المالي المتمثل بالسعر الأقل.

2- تأمين احتياجات المرفق العام: فالمرفق العام بحاجة دائمة ومستمرة لما يكفل له دوامه واضطراده بالعمل ليستمر في تقديم خدماته وتحقيق النفع العام، وطرق تأمين احتياجات المرفق العام قد وردت في المرسومين التشريعيين 1969/228 والمرسوم 1974/195 والقانون 2004/51 في المادة (2) منه (الشراء المباشر، المناقصة، طلب العروض، المسابقة، العقد بالتراضي) والمناقصة وحسب ما يظهره الواقع العملي إحدى أهم الطرق، لذلك فهي تساهم في تأمين احتياجات المرفق العام بنوعية جيدة ومواصفات أفضل.

[15]- أ.د. ماجد راغب الحلو- العقود الإدارية والتحكيم- الدار الجامعية- ط1 لعام 2000، ص215.

الفرع الثاني

مبادئ المناقصة وإجراءات اللجنة

سنتناول في هذا المطلب مبادئ المناقصة (أولاً)، وإجراءات لجنة المناقصة (ثانياً).

أولاً- مبادئ المناقصة:

تعتمد الإدارة على عدة مبادئ أساسية، لا غنى عنها في معرض اعتمادها على المناقصة كطريقة هامة لتأمين موارد المرفق العام وحسن تيسيره، وأهم هذه المبادئ هو تأمين العلنية اللازمة لتنفيذ المشروع، والتأكد من توفير حرية المنافسة، وضمان سرية العروض التي تصل إلى الإدارة، ويضاف إلى هذه المبادئ مبدأين أساسيين يحكمان إجراءات المناقصة النهائية، وهما مبدأ تلقائية الإرساء ومبدأ الاعتماد.

أ- مبدأ تأمين العلنية:

1- تعريف الإعلان:

يعني الإعلان عن المناقصة في وسائل الإعلام التي يحددها القانون كنشرة الإعلانات الرسمية والصحف والإذاعة، وذلك حتى يتمكن أكبر عدد ممكن من الراغبين في الاشتراك بالمناقصة.

ويعتبر الإعلان شرطاً جوهرياً لقيام المناقصة، ويكيف قانوناً على أنه مجرد دعوة للتعاقد، أما التقدم بالعرض وفق الشروط المعلن عنها فهو الإيجاب الذي ينبغي أن يلتقي قبول الإدارة به حتى ينعقد العقد.

والإعلان يؤدي إلى حصول الإدارة على أكبر عدد من المتنافسين والذي سيترتب عليه تقديم أفضل المؤهلات الفنية للعارضين وأنسب الأسعار، بالإضافة لمنع الاحتكار والمحاباة لعقود الإدارة من بعض العارضين، والذي يتم على حساب الإدارة وأحوال المرفق العام، أما بالنسبة للعارضين فتعزز العلنية مبدأ حرية التجارة والعمل والمساواة بين الأفراد، كما تحقق مبدأ تكافؤ الفرص أمام القانون.

2- بيانات الإعلان:

نصت الفقرة (ب) من المادة (10) من نظام العقود الموحد على وجوب أن يتضمن الإعلان عن المناقصة البيانات التالية على الأقل:

أ. موضوع المناقصة.

ب. مكان وزمان تقديم العروض وجلسات المناقصة.

ج. التأمينات المؤقتة بنسبة 5% من قيمة الكلفة التقديرية، التأمينات النهائية 10% من قيمة الإحالة.

د. الجهة التي يمكن شراء إضبارة المناقصة منها والاستفسار عن جميع المعلومات المتعلقة بها.

هـ. مدة إنجاز التعهد.

و. سعر الإضبارة.

ز. المدة التي سيبقى العارض مرتبطاً خلالها بالعرض.

وفيما يخص البند الأخير، فقد ترك القانون (51) للإدارة تحديد هذه المدة بما يتناسب مع المدة اللازمة لإنجاز إجراءات المناقصة[16]. وإذا لم يبلغ أمر المباشرة فإن المرشح يبقى مرتبطاً بعرضه طيلة هذه المدة بحيث يحق له وخلال سبعة أيام يلي انتهاء هذه المدة أن يتخلى عن عرضه بكتاب خطي مسجل في ديوان الإدارة وإلا يتجدد ارتباطه بعرضه وبحكم القانون لمدة جديدة مساوية لنفس المدة السابقة على ألا يتجاوز ارتباط المتعهد المرشح بعرضه أكثر من ستة أشهر[17].

[16]- التعليمات التنفيذية لنظام العقود رقم 51-2004.

[17]- المادة 25 من نظام العقود 51 2004.

3- مهلة النشر:

يمنح المشرع مدة كافية للإعلان ليتمكن أكبر عدد ممكن من العارضين للإطلاع على الإعلان وليكون أمامهم متسع من الوقت لتحضير عروضهم وفق متطلبات السوق والأسعار الرائجة ووفق الشروط المطلوبة وبالوقت المناسب[18].

وقد حدد القانون 51 لعام 2004 مهلة نشر الإعلان بالنسبة للمناقصات الداخلية بخمسة عشر يوماً على الأقل قبل انتهاء آخر موعد لتقديم العروض، وبالنسبة للمناقصات الخارجية بخمسين يوم على الأقل قبل انتهاء آخر موعد لتقديم العروض، ولا يدخل يوم الإعلان في حساب هذه المدة، كما لا يدخل يوم إجراء المناقصة[19].

واستثناءً من النص السابق يجوز للإدارة وفي حالات معينة، يعود تقديرها لآمر الصرف، اللجوء إلى الإعلان مع تجاوز المهل العادية على ألا تقل مدة النشر عن خمسة أيام بالنسبة للمناقصات الداخلية، وخمس وعشرون يوماً بالنسبة للمناقصات الخارجية، مع وجوب تضمن الإعلان عبارة السرعة الكلية ويتشدد القانون في حساب المهل القانونية للإعلان [20]. وفي حالات إنقاص المدد بشكل خاص، وينبغي عدم اللجوء إليها إلا في حالات الضرورة القصوى تحت طائلة المسؤولية[21].

4- وسائل النشر:

حدد القانون 51-2004 وسائل معينة لنشر الإعلان المتعلق بالمناقصة وتتجلى في:

أ. النشر في نشرة الإعلانات الرسمية: التي تصدرها المؤسسة العربية للإعلان، واشتراك المتعهدين والمقاولين في نشرة الإعلانات الرسمية عن العام الذي يجري

[18]- تعميم رئاسة مجلس الوزراء- تاريخ 6-2- 1979- صبحي سلوم- ط2-ص101.

[19]- الفقرة(د) من المادة 9 من قانون 51-2004.

[20]- رأي مجلس الدولة رقم 17 عام 1971- ورقم 86 سنة 1971" إن نشر الإعلان عن المناقصة في الصحيفة اليومية بعد الموعد المحدد قانوناً من شأنه أن يجعل المناقصة غير جامعة لموجباتها القانونية"- صبحي سلوم- مرجع سابق-ط1-ص96.

[21]- بلاغ رئاسة مجلس الوزراء رقم 5/59- 1990- وتاريخ16- 4- 1977- والبلاغ 73/ب تاريخ 17- 6- 1970- صبحي سلوم.ط2 ص99.

به للتعهد الإلزامي تحت طائلة عدم قبول اشتراكهم في المناقصات، وعملياً يتم حصر شؤون الإعلان في المؤسسة العربية للإعلان[22].

ب. النشر في صحيفة يومية: ويكفي النشر لمرة واحدة في صحيفة واحدة، وقد ترك نظام العقد الموحد للإدارة تحديد عدد مرات النشر وفقاً لأهمية المناقصة ولتقدير الإدارة[23]، وممكن أن يتم النشر في مجالات وصحف تصدر خارج سوريا[24].

ج. اللصق في لوحات إعلان الإدارة.

د. النشر عن طريق التبليغ: حيث أنه يجوز تبليغ الجهات التي تهمها المناقصة، وكذلك تبليغ البعثات والهيئات التجارية السورية المعتمدة في البلاد صوراً عن الإعلان المتعلق بالمناقصة الخارجية، وهنا يجب مراعاة الفترة الزمنية اللازمة لوصول هذه الإعلانات إلى البعثات السورية في الخارج، ويجب أن ينشر الإعلان باللغة العربية إضافة للأجنبية[25].

هـ. النشر عن طريق وسائل الإعلام: من إذاعة وتلفزيون وسائر وسائل الإعلام الأخرى، وكان نظام عقود هيئات القطاع الإداري يوجب، لأجل اللجوء إلى ذلك موافقة الوزير المختص بالذات نظراً للتكلفة المرتفعة، ولكن في نظام العقود الموحد 51-2004 ترك الأمر لتقدير الإدارة إضافة إلى عبارة وسائر وسائل الإعلام الأخرى بحيث تشمل سائر وسائل النشر الحديثة كالنشر على شبكة الانترنت. وهذا ما تقوم به بعض الإدارات في سوريا من تخصيص مواقع لعرض الإعلانات ودفاتر الشروط الخاصة وطرق التقدم للمناقصات داخل القطر.

وأياً كانت وسيلة النشر فإن المادة (70) من القانون 51 لعام 2004 نصت على أن يتحمل المتعهد جميع النفقات المترتبة على عملية التعهد من رسوم وطوابع وأجور نشر في الصحف ووسائل الإعلام والضرائب والرسوم المحددة في القوانين والأنظمة النافذة.

[22]- تعميم المؤسسات العربية للإعلان رقم 274 تاريخ 14- 1- 2001- صبحي سلوم- مرجع سابق- الطبعة الثانية- ص105.
[23]- رأي مجلس الدولة رقم 60/62 لسنة 1973، صبحي سلوم، ج1 مرجع سابق- ط1- ص96.
[24]- بلاغ رئاسة مجلس الوزراء رقم 123/ب- 15/1961 تاريخ 29-8- 1968.
[25]- تعميم المؤسسة العربية للإعلان رقم 3582(1/4) تاريخ 29-11-1979.

5- علنية الإجراءات:

فالإعلان ليست غايته علم الجميع بالمناقصة وإنما يهدف أيضاً إلى علنية الإجراءات المتبعة من قبل الإدارة، وتشمل هذه العلنية بضرورة حضور العارضين جلسة المناقصة، وبالتالي يجب أن يتضمن الإعلان تحديد مكان وتاريخ ويوم وساعة جلسة المناقصة، وحضور العارضين لجلسة فض العروض، ويجب أن تكون جميع الإجراءات علنية مكشوفة دون لبس.

ب- مبدأ حرية المنافسة:

1- تعريف مبدأ المنافسة الحرة: يعني فتح الباب للتزاحم الشريف أمام كل من يود الاشتراك في المناقصة، والمناقصة الحرة تعني أن يُعامل كل المتنافسين على قدم المساواة فلا يجوز إعطاء ميزة لأحدهم على حساب الآخر.

2- الشروط الواجب توافرها بالعارض:

أ- شرط الجنسية: يشترط في من يود الاشتراك بالمناقصة الداخلية أن يكون سورياً أو عربياً فلسطينياً، أو من رعايا إحدى دول الجامعة العربية، ويجوز في المناقصات الخارجية قبول العارض الأجنبي (م9 من القانون 51 لعام 2004).

ب- التسجيل في السجل التجاري بالنسبة للعارضين السوريين ومن في حكمهم: وقد حصر نظام العقود الموحد هذا الشرط بالعارضين السوريين ومن في حكمهم أي أعفى العارضين الأجانب من التسجيل في السجل التجاري، وقد كان نظام عقود هيئات القطاع الإداري يتطلب ذلك بالنسبة للشركات الأجنبية.

ج- التسجيل في إحدى الغرف الصناعية أو التجارية أو الزراعية أو السياحية في سوريا بالنسبة إلى العارضين السوريين ومن في حكمهم: وقد حدد نظام العقود أن التسجيل يجب أن يكون في سوريا، بعد أن نص تعميم صادر عن وزارة المالية أن التسجيل يجب أن يكون في الغرف الاقتصادية التي حددها المرسوم 228 في سوريا وليس في بلد آخر [26]، وعلة ذلك التسجيل في هذه الغرف أنه يبين حالة العارض الفنية والمهنية، بحيث أنه يوجد نوع معين من الجرائم مانع من التسجيل في الغرف التجارية.

[26]- تعميم وزارة المالية رقم 7/15/30143 تاريخ 7-12-1987- صبحي سلوم- مرجع سابق- ط1 ص112.

د- تعيين موطن مختار في سوريا: إن الغاية من تعيين الموطن المختار في العقد هو تسهيل عملية تبليغ الأوراق الإدارية والقضائية للمتعهد وتأمينها بسرعة، وقد اشترط نظام العقود الموحد على العارض تعيين موطن مختار له في سوريا، وأن يكون التنفيذ في المحافظة التي يجري فيها التعهد، وهذا الموطن المختار ملزم للعارض ولو انتقل منه إلى غيره ما لم يبلغ خطياً الجهة العامة عن موطنه الجديد في البلدة نفسها، وإلا تعتبر جميع التبليغات المرسلة إلى موطنه السابق صحيحة حكماً، وأجاز للعارض من رعايا الدول العربية غير المقيم في سوريا، والعارض الأجنبي تعيين موطن مختار له خارج سوريا إذا نصت دفاتر الشروط الخاصة على ذلك.

أما عن طريقة تنفيذ هذه التبليغات، يعتبر المتعهد مُبلغاً حكماً هذه المراسلات والإخطارات والإنذارات فعلاً:

- في حال تسليمها له أو لوكيله أو لممثله القانوني.
- خلال 48 ساعة في حال أرسلت له برقياً أو بالتلكس.
- خلال 5 أيام للعقود وذلك إذا أرسلت بالبريد المسجل إلى موطنه المختار المحدد في العقد، وفي حال تعذرت إحدى هذه الطرق يتم تبليغه عن طريق إحدى الصحف المحلية (م 65).

هـ- توافر الملاءة المالية والفنية والمهنية: لقد أتاح نظام العقود الموحد للإدارة إيراد شروط خاصة لإثبات ملائمة العارضين وكفاءتهم، ويمكن اشتراط التأهيل المسبق للعارضين. ومن الشروط التي يمكن إيرادها في دفاتر الشروط والتي أوجبتها البلاغات الصادرة عن رئاسة مجلس الوزراء [27]: تضمين دفاتر الشروط الخاصة اشتراط مؤهلات معينة في العارض كاشتراط التصنيف في نقابة المقاولين حسب طبيعة المشروع، وقيمته في عقود الأشغال، والنص مثلاً على منع التعامل مع الوسطاء والسماسرة، وتقديم بيانات عن الوضع القانوني للعارض الأجنبي.

كما أوجب المشرع تقديم التأمينات المؤقتة، كضمانة أكيدة تتطلبها مصلحة الإدارة فالتأمين المؤقت هو عبارة عن قيمة يضمنها العارض في عرضه ويخصصها لمصلحة

[27]- بلاغ رئاسة مجلس الوزراء رقم 4/ب- 15/1999 تاريخ 18-2-1997 المعدل بالبلاغ رقم 3/ب- 15/1022 تاريخ 15-2-1998 والبلاغ رقم 23/ب 15/5421 تاريخ 20-7 - 2000 صبحي سلوم- مرجع سابق-ط2- ص137

الإدارة وتأييداً لحسن تنفيذه للالتزامات الناتجة عن تقديمه لهذا العرض والمستندة على إرادته المنفردة.

ويتم تقديم التأمينات المؤقتة ضمن المدة المحددة لتقديم العروض وبنسبة 5% من القيمة التقديرية للتعهد، أو بمبلغ مقطوع عند عدم وجود كشف تقديري، وللإدارة في أي وقت إنقاص قيمة هذه التأمينات وذلك بعد موافقة آمر الصرف، على أن يذكر ذلك في دفتر الشروط الخاصة وفي الإعلان (م 46/ب).

و – ألا يكون محروماً من التعاقد مع الجهات العامة:

الاستبعاد العام: وهو إجراء يتيح للإدارة أن تستبعد بقرار عام المتعهدين غير المرغوب فيهم من كل المناقصات التابعة للإدارة بشكل نهائي أو لفترة محدودة. ويقوم كل وزير بإصدار قرار الحرمان من التعاقد مع الإدارة التابعة له، أما إذا كان قرار الاستبعاد شاملاً فيتم بقرار من رئيس مجلس الوزراء.

وفي حال إرساء المناقصة على أحد المرشحين وصدر قرار الحرمان قبل إعطاء أمر المباشرة فإنه لا يجوز للإدارة المضي في إبرام العقد مع المتعهد الذي صدر بحقه قرار الحرمان طالما لم يبلغ أمر المباشرة، وإذا رأت الجهة العامة ضرورة لتنفيذ العقد وكان قرار الحرمان عاماً يجب الحصول على استثناء من رئيس مجلس الوزراء من الحرمان.

ز – ألا يكون محكوماً بجناية أو جرم شائن ما لم يرد إليه اعتباره:

يشترط في المتقدم للتعاقد مع الإدارة أن يكون متمتعاً بحسن السمعة وبالتالي ينبغي أن يتقدم بسجل عدلي يؤكد عدم وجود حكم عليه، وهذا ما يندرج تحت إطار الشرف المدني، وقد كان المشرع السوري واضحاً في هذا المجال حيث اشترط في البند الرابع من الفقرة (أ) من المادة (11) من القانون 51 لعام 2004 على من يود الاشتراك في المناقصة (أن لا يكون محكوماً بجناية أو بجرم شائن ما لم يرد إليه اعتباره).

ولم يحدد المشرع مفهوم الجرم الشائن. ويرى جانب من الفقه أن الجرم الشائن هو من نوع الجنح، تلك الجنح التي تشين صاحبها نتيجة رد الفعل الاجتماعي العنيف عليها[28].

ح– ألا يملك أي مصنع أو مؤسسة أو مكتب فرعي في إسرائيل وألا يكون مشتركاً في أي مؤسسة أو هيئة فيها، وألا يكون طرف في أي عقد للصنع أو التجميع مع أي

[28]– أ.د. محمد الحسين – د.محمد نوح– مرجع سابق–ص158.

مؤسسة أو هيئة أو شخص في إسرائيل وألا يزاول مثل هذا النشاط في إسرائيل سواء بشخصه أم عن طريق الوسيط وألا يساهم بشكل من الأشكال في دعم إسرائيل أو مجهودها الحربي.

ط- ألا يكون من العاملين في الدولة: بحيث استبعد نظام العقود الموحد العاملين في الدولة من الاشتراك في المناقصات كافة كما استبعد أعضاء المكاتب التنفيذية للإدارة المحلية من المناقصات للجهات العامة في المحافظة فقط، وهذا الحظر موجود في النظام الأساسي الموحد للعاملين في الدولة، إذ حظرت الفقرة (و) من المادة 64 من النظام الأساسي على العامل أن يجمع بين وظيفته وبين أي عمل آخر يؤديه بنفسه أو بالواسطة وبشكل خاص، أو أن يشترك في مضاربات مالية... وذلك حرصاً على أن يكرس العامل كامل وقته لعمله، ويبقى هذا الحظر سارياً حتى بعد تركه للخدمة ولمدة 5 سنوات بالنسبة للتعهدات.

ويتم التأكد من توافر الشروط السابقة بموجب تصاريح خطية يقدمها العارض.كما تعفى الجهات العامة من تقديم هذه التصاريح، في حين تعفى الشركات الأجنبية التي ليس لها فرع أو ممثل مقيم في سورية من تقديم الوثائق التي تثبت توفر الشروط المحددة في (ب،و ،ز ،ح،ط).

ج – مبدأ المساواة بين العارضين:

1- تعريف مبدأ المساواة: لقد استقر الفقه والقضاء على أن المقصود بالمساواة أمام القانون، هو عدم التمييز بين أفراد الطائفة الواحدة إذا تماثلت مراكزهم القانونية، كطائفة المقاولين وطائفة المعلمين.

2- تطبيقات المبدأ: المساواة وما ينشأ عنها من شعور يظهر في نفوس الآخرين يجعلهم يقومون على التنافس وهم مطمئنون إلى عدالة الإجراءات وسلامة القرار، وعلى هذا تنص القوانين والنظم الخاصة بالمناقصات على تطبيق المساواة وإعطاء الفرص المتكافئة للجهات القادرة على القيام بأعمال التعهد، كما تعطي مدة كافية لهذه الجهات لدراسة وثائق العطاءات وتقديم العروض، كما أن مجرد الإعلان بحد ذاته يعتبر مساواة

بين الجميع لتقديم العروض وتطبيق مبدأ المنافسة يعتبر أيضاً مساواة بين جميع العارضين[29].

ولا يخل بمبدأ المساواة بين الراغبين بالتعاقد عملية استبعاد بعض أصحاب العطاءات لأسباب وقائية كمن يقدم عرضه ناقص في ناحية أو أكثر من ناحية أو أن يقدمه أثناء فض العروض، بل إن في هذا الاستبعاد تحقيقاً لمبدأ المساواة بين الراغبين بالتعاقد كما يعتبر تحقيقاً لمبدأ المساواة عملية حرمان بعض أصحاب العروض لسبب جزائي كالغش السابق وممارسة أخطار جسيمة في عقود سابقة[30].

هذا المبدأ لا يطبق على إطلاقه فقد يعطي القانون في بعض الحالات أفضلية لفئة من المواطنين ذوي الاختصاص، كأن يخفض بالنسبة لهم مبلغ التأمينات إذا كانوا مسجلين في اتحاد مهني معين، وقد أعفى قانون 51-2004 الشركات الأجنبية التي ليست لها فرع أو ممثل مقيم في سورية من تقديم الوثائق الثبوتية التالية عند اشتراكه في المناقصة: وهي التسجيل في السجل التجاري- والتسجيل في إحدى الغرف التجارية أو الصناعية أو الزراعية أو السياحية ووثيقة غير محكوم وتصريح غير عامل وكذلك إعفاء الجهات العامة في تقديم الكفالات في جميع الحالات التي يفرض فيها القانون هذا الالتزام[31].

د - مبدأ سرية العروض:

1- تعريف العرض: يعتبر المتعهد العارض عن إرادته الجازمة في الاشتراك بالمناقصة عن طريق تقديم البيانات اللازمة إلى جهة الإدارة، لاسيما السعرية منها، وفقا لأشكال معينة، مما يرتب في ذمته التزاماً، مناطة التعهد بالبقاء على إيجابية فترة معينة، ويؤيد هذا الالتزام بإمكانية مصادرة التأمين المؤقت من جانب الإدارة دون الإخلال بحقها في التعويض إن كان له مقتضى. وبذلك فإن العرض يعتبر عملاً إرادياً ويتمتع بذات

[29]- د. عبد الرؤوف جابر، النظرية العامة في إجراء المناقصات، مطبعة دار النهضة العربية، بيروت، 2003.ص33.

[30]- د. محمد خلف الجبوري- مرجع سابق، ص75.

[31]- المواد 43- 45- 46 من قانون المؤسسات رقم 2 الصادر بتاريخ 10- 1- 2005.

الخصائص التي يتمتع بها الإيجاب بالمفهوم المدني[32]. (ويعتبر العرض جزء لا يتجزأ من العقد).

2 – كيفية تقديم العروض: تتكون محتويات العرض من ثلاثة مغلفات مختومة، بحيث يقدم العرض ضمن مغلفين، يوضعان في مغلف ثالث، معنون باسم الجهة المحددة في الإعلان، ويكتب عليه موضوع المناقصة والتاريخ المحدد.

أ- المغلف الأول: يحتوي على الأوراق الثبوتية المنصوص عنها في المادة (11) من القانون 51 لعام 2004، وتصريح من العارض بإطلاعه على دفاتر الشروط العامة والخاصة [33]. وهذه الأوراق الثبوتية تحتوي ما يلي:

- أن يكون قد اطلع على دفاتر الشروط العامة والخاصة الفنية والمالية والحقوقية.
- ألا يكون محروماً من دخول المناقصات أو التعاقد مع الجهات العامة.
- ألا يكون من العاملين في إحدى الجهات العامة.
- ألا يملك أي مصنع أو مؤسسة أو مكتب أو مؤسسة في إسرائيل.

ب- المغلف الثاني: يحتوي على العرض المالي والتجاري مع جدول الأسعار الإفرادية والإجمالية حسب الحال، ولا يجوز أن يتضمن العرض المالي أية تحفظات أو استثناءات، وسمح قانون 51 لعام 2004 تقديم أكثر من خيار إذا نص دفتر الشروط الخاصة على ذلك (م19/ج).

وتقدم العروض وفق وسيلتين: إما الإيداع المباشر لدى الجهة العامة المعنية بالمناقصة، أو إرسال بالبريد المضمون.

ويمتنع على العارض التقدم بأكثر من عرض، فإذا قام بذلك يتقيد بالعرض الأسبق بالتسجيل[34] على أساس التاريخ، أما إذا قدم عرضان في تاريخ واحد ومن عارض واحد، تحسب الأسبقية على أساس أرقام التسجيل في سجلات ديوان الإدارة المعنية. ويجب أن تقدم العروض في

[32]- د. مهند نوح، الإيجاب والقبول، مرجع سابق، ص455.

[33]- التعليمات التنفيذية لنظام العقود الموحد.

[34]- المادة(19) من قانون 15- 2004 نظام العقود الموحد.

التاريخ المحدد لها في الإعلان، ولا تفتح إلا العروض التي تصل إلى الإدارة في الموعد المحدد لها[35].

3-النتائج المترتبة على تقديم العرض:

أ- إن إيداع العرض من شأنه أن يحول مركز مقدمه إلى مركز المتعهد المرشح.

ب-عدم جواز سحب العرض أو تعديله: لذلك فقد حظر نظام العقود الموحد (19/ب) استعادة العروض أو إكمالها أو تعديلها بعد تسجيلها في ديوان الجهة المعنية، وقد أفتى مجلس الدولة السوري بعدم جواز قبول طلبات المتعهدين بشأن التخلي عن قسم من العرض الذين تقدموا به عند اشتراكهم في المناقصات، مع بقاء ارتباطهم بالقسم الآخر من العرض نفسه[36].

ت- عدم تعويض تكاليف العرض: وقد عرضت هذه المسألة على مجلس الدولة الفرنسي وقضى بعدم التزام الإدارة بتعويض تكاليف إعداد العروض، وقد برر الفقه الفرنسي ذلك بأن هذه التكاليف تعتبر في عداد المخاطر العادية التي يجب أن يتحملها العارض.

[35]- المادة(18) من نظام العقود الموحد.

[36]- رأي مجلس الدولة السوري رقم 184 تاريخ 17- 12- 1979، صبحي سلوم، مرجع سابق، ص193.

ثانياً- إجراءات لجنة المناقصة:

سنتناول في هذا الفرع إجراءات فض العروض، وقرار لجنة المناقصة.



أ- **إجراءات فض العروض:** يحكم إجراءات فض العروض مبدأ تلقائية الإرساء، ويحكم إجراءات اختيار المرشح المتعاقد مبدأ إلزامية الإرساء، وهذه الإجراءات الشكلية التي يتطلبها القانون في هذه الحالة هي إجراءات شكلية جوهرية قد يترتب على انتفائها إلغاء العملية التعاقدية برمتها.

1- جلسة المناقصة: في اليوم التالي لتقديم العروض تجري المناقصة، في الوقت والمكان المحددين لها، في جلسة علنية يسمح بحضورها لجميع العارضين، (م20/أ). فتقوم لجنة المناقصة بفض المغلف الأول وتدقق محتوياته، وتقرأ محتويات العروض المقدمة بصوت مرتفع، وتقرر قبول عروض من تتوافر فيهم الشروط المطلوبة للاشتراك، واستبعاد عروض من لا تتوافر فيهم هذه الشروط وتعلن ذلك على الحضور، وتقوم بتقسيم كافة الوثائق التي يتقدم بها العارضون وتفرز العروض، وتوقعها (م20/ب)، وتعيد العروض غير المقبولة إلى أصحابها دون فض (م20/ج)، ثم تنتقل اللجنة فتفض المغلفات المالية للعروض المقبولة، وتقوم بترتيب لأسعارها اعتباراً من السعر الأدنى بعد تدقيق الأسعار الإفرادية والإجمالية والتأكد من صحتها، منعاً للإشكالات التي تحدث بعد الإحالة والأخطاء التي تقع من العارضين، ثم يعلن رئيس اللجنة بعد ذلك اسم المتعهد المرشح الذي تقدم بالسعر الأدنى المقبول. (م20/ز)

وتتخذ الجنة قراراتها بأكثرية عدد الأصوات الحاضرين وفي حال التساوي يرجح جانب الرئيس (م21/أ). ولا تعتبر الجلسة قانونية إلا إذا حضرها أغلبية أعضاء لجنة المناقصة، على أن يكون من بينهم رئيس اللجنة، شريطة ألا تقل عن 3 أعضاء

(م21/ب) فإذا أصدرت قراراتها دون هذه الأكثرية تكون معدومة ولا تنتج أي أثر قانوني[37].

وقد تظهر في بعض الأحيان حالات تمنع الإدارة من هذه الإجراءات وتظهر أثناء قيامها بعملها، وقد عالجها نظام العقود الموحد:

أ- حالة وجود عرض وحيد: ويعتبر العرض وحيداً في سوريا إذا لم يتقدم للمناقصة إلا عرض واحد، أو إذا كان العرض المقبول عرضاً وحيداً، فيتوجب هنا على الإدارة إعادة المناقصة، والإعلان عنها مجدداً، وفي حال لم يتقدم للمناقصة الثانية إلا عارض وحيد، فإن الإدارة لها سلطة تقديرية في قبول أو عدم قبول العرض الوحيد إن وجدت مصلحة لها في ذلك (م20/د/2). وقد بينت اللائحة التنفيذية أن قبول أو عدم قبول العرض الوحيد في هذه الحالة هو اختصاص مطلق للجنة.

ب- سلطة لجنة المناقصة باستبعاد العروض المخالفة: تملك لجنة المناقصة سلطة رفض العرض في إحدى الحالات التالية:

- في حال تنظيمه أو تقديمه بصورة مخالفة لأحكام القانون رقم 51 لعام 2004
- في حال تقديمه بعد الوقت المحدد لتقديم العروض (م18/ب)
- في حال وجود أي نقص في الوثائق أو المواصفات الفنية المطلوبة من العارض.

ولكن في هذه الحالة يحق للجنة المناقصة إعطاء مهلة للعارضين لاستكمال النواقص الحاصلة في عروضهم، باستثناء التأمينات المؤقتة والأسعار وجداول تحليل الأسعار (18/ج).

ت- التحفظات: أجاز القانون 51 لعام 2004 للجنة المناقصة قبول العروض التي تتضمن تحفظات إذا وافق العارض في بداية جلسة المناقصة، وقبل إعلان الأسعار، على إلغاء تحفظه والتقيد بأحكام دفاتر الشروط الخاصة وثبت ذلك خطياً (م18/د)، ويعتبر كسر الأسعار من أخطر أنواع المخالفات التي تحتويها العروض، وكسر الأسعار يعني تعهد يقدمه العارض في غرضه يتضمن استعداده لتخفيض نسبة مئوية معينة عن أقل سعر مقدم، ودون أدنى شك فإن هذا التصرف يشوه المبادئ والمفاهيم التي تقوم عليها المناقصة.

[37]- رأي مجلس الدولة السوري رقم 225 تاريخ 16- 6- 1968، صبحي سلوم، مرجع سابق، ص191.

والقانون 51 لعام 2004 جاء خالياً من حكم صريح فيما يخص كسر الأسعار وحبذا لو تضمن نص بهذا الخصوص.

ث- حالة وجود مواد فنية: قد تضطر لجنة المناقصة إلى دراسة العروض فنياً في حالات معينة وهنا تستطيع وفقاً لسلطتها التقديرية إرجاء جلسة المناقصة إلى موعد آخر يحدد ويعلن على الحضور وتنجز اللجنة عملها في الجلسة الثانية أمام الحاضرين من العارضين. (م20/و)

ج- حالة تساوي أسعار العروض: في حال تساوي أكثر من عرض في السعر الأدنى المقدم، فإن القانون 51 لعام 2004 نص على إجراء مناقصة جديدة بين من تعادلت أسعار عروضهم في الجلسة نفسها بطريقة الظرف المختوم ويتم مراعاة هذا الإجراء حتى يتم الإرساء (م20/ح).

ح- حالة الأسعار السرية المقدرة من قبل الإدارة: يجوز واستثناءاً من المبدأ العام الذي يقوم على الإرساء على العرض الذي يقدم أعلى تنزيل على السعر المذكور، أن يقوم آمر الصرف بتحديد مسبق للسعر الأعلى الذي يمكن قبوله بنتيجة المناقصة بناءاً على تقرير لجنة مختصة يشكلها آمر الصرف لهذه الغاية، ويوضع هذا السعر في مغلف مختوم بالشمع الأحمر ويفتح في جلسة المناقصة من قبل لجنة المناقصة ولا يعلن مضمونه على العارضين (م22/أ).

وإذا لم تقدم أسعاراً تعادل هذا السعر أو تقل عنه، تطلب لجنة المناقصة تقديم أسعاراً جديدة في مغلفات مختومة في الجلسة نفسها، ولا يجوز تكرار هذا الإجراء خلال هذه الجلسة. وبعد ذلك فإذا لم يقدم أسعاراً تساوي أو أقل أو غير متجاوزة ال 5% من سعر آمر الصرف أعلنت اللجنة فشل المناقصة (م22/بّ).

2- تنظيم محضر الجلسة: تدون وقائع جلسة المناقصة بجميع إجراءاتها بما فيها الاعتراضات في محضر يوقع عليه جميع الأعضاء، والحاضرون من العارضين ولا يعتد بامتناع المتعهد المرشح وبقية العارضين عن التوقيع (م21/هـ). ويتضمن المحضر التأكد من صحة الإجراءات المتبعة من الإعلان وتقديم العروض وتوافقها مع الأنظمة والقوانين.

كما يتضمن فحص التسهيلات المالية والفنية وأثرها على كفاية العروض والأسعار، ومبررات اختيار العارض بشكل عام دون بقية العارضين، وتوافق عرضه مع الشروط العامة والخاصة.

ويعتبر هذا المحضر محرراً رسمياً ويتمتع بالحجة التي تتمتع بها المحررات الرسمية بالتالي لا يجوز إثبات عكسه إلا عن طريق الطعن بالتزوير [38].

ب- قرارات لجنة المناقصة: تصدر اللجنة عند قيامها بفض العروض، قرارات تتعلق بقبول بعض العارضين أو استبعادهم وإرساء المناقصة على أقل الأسعار المقدمة، وبالتالي تسمية المتعاقد المرشح، أو تفشيل المناقصة. والفصل في الاعتراضات المقدمة من العارضين، وتتخذ كافة هذه القرارات بأغلبية عدد أصوات أعضائها الحاضرين.

1- قرار الإرساء ونتائجه: تنتهي إجراءات المناقصة مع إغلاق العمليات، التي تصدر قراراتها لجنة المناقصة ذاتها، إما بإرساء المناقصة على صاحب السعر الأقل أو تفشيلها وإعادة الإجراءات من البداية، ويقوم مبدأ تلقائية الإرساء على فض مغلفات العروض المالية للعارضين الذين تم قبول اشتراكهم في المناقصة فقط وترتيب العروض من الأقل سعراً وحتى الأعلى، ومن ثم يتم اختيار صاحب السعر الأقل ليتم تسميته متعهداً مرشحاً لتنفيذ المشروع.

ويبدأ مبدأ إلزامية الإرساء من خلال سلطة لجنة المناقصة المقيدة بهذا الخصوص إذ يتوجب عليها إحالة المناقصة على السعر الأقل، ولا يترتب على إعلان نتائج المناقصة من قبل اللجنة أي أثر قانوني على إبرام العقد فالإبرام يرتبط بتصديق المناقصة من قبل الجهة المختصة لذلك أطلق على هذه الإحالة بالإحالة المؤقتة [39]، وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها (ينبغي التمييز في مقام التكييف بين العقد الذي تبرمه الإدارة، وبين الإجراءات التي تمهد بها لإبرام هذا العقد أو تهيئ لمولده، ذلك أنه بقطع النظر عن كون العقد مدنياً أو إدارياً، فإن من هذه الإجراءات ما يتم بقرار من السلطة الإدارية المختصة له خصائص القرار الإداري ومقوماته،.....وإن وجهة التعاقد

[38]- أ.د. عبد الاله الخاني- القانون الإداري علماً وعملاً ومقارناً- دمشق، 1968.

[39]- أ.د. عبد الاله الخاني، مرجع سابق، ص204.

إنما تلزم حال انصراف إرادتها إلى إبرام العقد بالتعاقد مع المناقص أو المزايد الذي عينته لجنة البت وليس لها أن تستبدل به غيره[40].

2- قرار إعلان فشل المناقصة ونتائجه: قد تفشل المناقصة لعدة أسباب:

ورود عرض وحيد للإدارة أو بقاء العرض وحيداً بعد استبعاد العروض أو لارتفاع أسعار العروض المقدمة أو انخفاضها لدرجة كبيرة غير معقولة عن السعر المقدم من الإداري.

[40]- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، 320- 456- 307/2089، محمود زكي شمس، الأسس العامة للعقود الإدارية، ج2 مطبعة الداودي، دمشق، 2000.

طلب العروض

أولاً- تعريف طلب العرض:

طلب العروض هو أسلوب لإبرام العقد الإداري، يستند على المنافسة والعلانية، ويعطي للإدارة مساحة واسعة من السلطة التقديرية، لأن الإرساء فيها يتم بناء على عدد من المعايير لا يخضع لحصر، على خلاف أسلوب المناقصة الذي يخضع إلى معيار السعر فقط.

و يلجأ إلى طلب العروض عندما يتعذر على الجهة العامة تحديد مواصفات وشروط موحدة للاحتياجات المطلوب تأمينها وذلك للتمييز بين العروض واختيار أفضلها في ضوء الجودة والأسعار وسائر الشروط الأخرى.

وإن استعمال هذا الأسلوب لإبرام العقود الإدارية، إنما يهدف إلى التعاقد مع المرشح الذي يقدم العرض الأفضل من الناحيتين الاقتصادية والفنية مع حظر كل تفاوض مع المرشحين، مما يؤدي بالضرورة إلى الانفتاح على مجالات جديدة للتكنولوجيا والمنتجات، وإلى ضبط الأسعار وفقاً لمقتضيات المنافسة الحقيقة[1].

ثانياً – الموجبات القانونية لطلب العروض:

كما هو الحال بالنسبة للمناقصة، فإن طلب العروض يقوم على العلانية والمنافسة، وهو ما أكدته المادة 28 من القانون 2004/51 والتي قضت بأن يطبق على الشراء بطريق طلب العروض الأحكام المطبقة على الشراء بالمناقصة ما عدا ما ورد فيه نصٌ خاص بالشراء عن طريق طلب العروض ومعنى ذلك أن الأحكام المتعلقة بالعلانية والمنافسة الحرة، المقررة للمناقصة، تطبق بذاتها عند اللجوء إلى طلب العروض.



1- أ.د. محمد الحسين – د.محمد نوح- مرجع سابق-ص204.

ثالثاً – تبادل الإيجاب والقبول وإبرام العقد ضمن إجراء طلب العروض:

إن الإيجاب في نطاق طلب العروض، يصدر ضمن قالب شكلي هو العرض، وإذا كان هذا المبدأ مشتركاً بين المناقصة وطلب العروض، إلا أن تطبيقه في نطاق طلب العروض مختلف عما هو معروفً بالنسبة للمناقصة، حيث يجب أن تقدم العروض في ثلاثة مغلفات داخلية يضمها مغلف خارجي كلي رابع، ويحتوي المغلف الأول على الأوراق الثبوتية، والثاني على الشق الفني للعرض، والثالث على الشق المالي منه، وإن لهذا التقسيم أهمية ليس على المستوى الشكلي للعرض فحسب، وإنما على مستوى توزيع الاختصاصات بين اللجان المكلفة باختيار العرض الأكثر ملائمة للإدارة، كما سيأتي لاحقاً.

وبالطبع، فإن العرض يجب أن يكون مكتوباً وموقعاً، وإلا كان مقدماً بشكلٍ غير مشروع، ويجب استبعاده. وترسل العروض إلى الإدارة بالطرق التي حددها القانون، وهي ذات طرق إيداع العروض في المناقصة وفقاً للمادة 28 من القانون 2004/51 في سورية، ولا يعتد بالعرض المتأخر، وفور تقديم العرض، يلتزم العارض بالبقاء عليه طوال مدة سريان العروض، فلا يحق له سحبه أو تعديله، كما هو الحال في نطاق المناقصة تماماً.

وإذا كانت القاعدة في نطاق المناقصة هي عدم تغطية التكاليف التي يتكبدها العارض عند إعداده لعرضه، إلا إذا كان هذا العرض مستبعداً بشكل غير مشروع، فإن هذه القاعدة تنطبق في مجال طلب العروض أيضاً، إلا أنه توجد استثناءات هامة عليها قررها المشرع الفرنسي، أما في سوريا فلا يوجد حكمً واضحً في هذا المجال. وإن العروض التي تقدم للمنافسة في إطار طلب العروض تفترض وجود محددات تقنية ومالية خاصة بكل عارض، وذلك وفقاً لما يفرضه منطق طلب العروض نفسه، مما يجعل كل عرض محتفظاً بخصوصيته المهنية والفنية والمالية في مواجهة العروض الأخرى، وهذا المنطق يقودنا إلى أن العروض تحتوي على أسرار مهنية وفنية ومالية خاصة بكل عارض، وإن إفشاء هذه الأسرار قد يدفع المتعهدين إلى الإحجام عن المشاركة في طلبات العروض التي تعلن عنها الإدارة، لذلك فإنه من المستقر عليه في فرنسا في وقتنا الحالي، أنّ العروض التي تقدم كنتيجة للإعلان عن طلب العروض، يجب أن تحاط بالسرية التامة. بمعنى أن الإدارة يجب أن لا تبوح بمحتوى العروض ولا أن تستخدم ما فيها من معلومات تقنية ومهنية، إلا إذا تم العقد مع أصحاب هذه العروض، حيث تستخدم حينئذٍ المعلومات التقنية الخاصة بالعرض الذي تم الإرساء عليه. وقد وضع القضاء الإداري الفرنسي

معياراً لتعويض العارض بسبب إفشاء المحتوى التقني لعرضه، حيث لا يعتبر أي إفشاء مهما كان موجباً للتعويض، بل إن الإفشاء الموجب للتعويض هو الإفشاء الواسع الذي يصل إلى حد العلانية، والذي من شأنه أن ينتهك أسرار العرض بوضوح[2].

وتختص بعبء الاضطلاع بإجراءات طلب العروض في سورية لجنتان، الأولى هي لجنة المناقصات والثانية هي اللجنة الفنية، حيث أنه بعد انتهاء مدة تقديم العروض، تجتمع لجنة المناقصات في جلسة سرية، بذات تشكيلها المدروس سابقاً (المادة 12 من القانون 2004/51)، وتقوم بفض المغلف الأول المحتوي على الأوراق الثبوتية والتأمينات، وتستبعد العروض التي لا تستوفي الشروط، ومن ثم تحيل العروض التي تم قبولها إلى اللجنة الفنية (الفقرتان أ وب من المادة 31 من القانون 2004/51)،التي تشكل بقرار من آمر الصرف المختص، من أعضاء فنيين بالدرجة الأولى، ولكن يمكن مشاركة عناصر مالية وقانونية في أعمالها، مع الإشارة إلى أن القانون يمنح الوزير المختص إمكانية اعتماد مكتب خبرة استشاري لتولي هذه اللجنة ولو كان خارجياً.

وبعد إحالة العروض إلى اللجنة الفنية، تقوم هذه اللجنة بفض المغلفات المحتوية على الشروط والمواصفات الفنية، وتبقى المغلفات المحتوية على الأسعار مغلقة إلى حين انتهاء اللجنة الفنية من دراسة العروض وتقييمها بصورة نهائية استناداً إلى الأسس المعتمدة من جانب الإدارة، وعلى أن تدون نتائج هذا التقييم في محضر يوقع من قبل جميع أعضاء اللجنة.

وبعد الانتهاء من هذه الخطوة، تقوم لجنة المناقصات بالخطوة التالية، والمتمثلة في فض المغلفات المحتوية على الأسعار، وتحال العروض المالية بعدئذٍ إلى اللجنة الفنية لتقوم بتفريغ الأسعار في جداول تمهيداً لمقارنتها في ضوء التقييم الفني، الذي تم التوصل إليه بعد فض المغلفات الفنية، مع ملاحظة أنه لا يجوز مطلقاً التغيير في التقدير الفني بعد فض المغلفات المحتوية على الأسعار ،وكل خطوة من هذا القبيل تستوجب المسؤولية.

وبعد ذلك ترفع اللجنة الفنية تقريراً إلى لجنة المناقصات التي تختار – بناء على معطيات هذا التقرير – العرض الأكثر ملائمة للإدارة.

[2]– أ.د. محمد الحسين – د.محمد نوح– مرجع سابق–ص206.

رابعاً – مفهوم العرض الأكثر ملائمة، وإبرام العقد:

يتم اختيار العرض الأكثر ملاءمة بالنسبة للإدارة بناءً على مجموعة من المعايير المحددة مسبقاً تسمى معايير الإسناد، والتي من شأنها أن تقود إلى الحصول على أفضل تلبية اقتصادية لحاجة الإدارة.

وقد فرضت الفقرة ج من المادة 31 من القانون 2004/51 على اللجنة الفنية أن تجري المقارنة بين العروض المختلفة على أساس: "...الأسعار المعروضة، وكلفة الاستعمال، والقيمة الفنية، وضمانات الصنع، والضمانة المالية المقدمة من كل عارض، ومدة التنفيذ، وشروط الدفع، وغير ذلك..." ويلاحظ من صياغة هذه المادة أن هذه المعايير التي حددتها الفقرة ج من المادة 31 سالفة الذكر إنما هي معايير إختيارية، حيث يمكن للإدارة أن تستبعد أياً منها، وأن تضيف أخرى لم تعددها الفقرة ج من المادة 31 المذكورة، كما يلاحظ أن المشرع لم يحدد شروطاً للمعايير التي يمكن أن تعتمدها الإدارة في التقييم خارج نطاق المعايير التي وردت في الفقرة ج من المادة 31 المذكورة أعلاه، كما هو الحال بالنسبة للمشرع الفرنسي الذي اشترط أن تذكر هذه المعايير في دفاتر الشروط الخاصة، وأن تكون متصلة اتصالاً وثيقاً بمحل العقد، وتبررها شروط تنفيذه.

وعلى كل حال، فإن هذه الأسس توضع من قبل لجنة فنية مختصة يحددها آمر الصرف بشكلٍ مسبق على عمل لجنة المناقصات واللجنة الفنية،ويجب أن تبقى هذه المعايير المذكورة محفوظة ضمن مغلفٍ مغلق إلى أن يعرض أمر التقييم على اللجنة الفنية فيفض المغلف المذكور، ويجري التقييم استناداً إلى المعايير الموضوعة.

وعند قيام اللجنة الفنية بالتقييم فإنها لا يمكن أن تتفاوض بتاتاً مع العارضين، ولا أن تتصل بهم بأي شكلٍ كان، وذلك حفاظاً على المساواة بين المتنافسين،وحتى لا يكون التقييم خاضعاً لمؤثرات أخرى غير متعلقة بالمعايير المعتمدة للتقييم.

إلا أن المشرع السوري وقد وضع استثناء على هذه القاعدة في المادة 31 من القانون 2004/51، حيث يحق للإدارة قبول إيضاحات من العارضين، كما لها قبول تصحيح عروضهم لمصلحة الإدارة، ولكن هذه المادة نفسها قد علقت ممارسة الإدارة لهذا الحق على شرطين هما:

أ – أن يفسح المجال للعارضين جميعاً لتصحيح أو تعديل عروضهم أيضاً، وذلك ضمن المدة المحددة لذلك، والمبنية في الإشعار المقدم إليهم من جانب الإدارة.

ب – إعطاء جميع العارضين الإيضاحات الكافية التي من الممكن أن تساعدهم على تقديم مقترحات جديدة، وذلك وفقاً للشكل والمواصفات التي تلبي رغبة الإدارة، وتؤمن تكافؤ الفرص بين العارضين.

ويجب أن تجري المقارنة وفقاً لتسلسل المعايير المعلن عنها، فلا يعطى تغليب مطلب لمعيار ما على بقية المعايير، ولا سيما معيار السعر، وذلك لأن القيمة الحقيقية لا تتحدد إلا في ضوء تفاعل كل المعايير المعتمدة للتقييم، مما يعني أن الإرساء يتم على العارض الأفضل وليس على العارض الذي تقدم بالسعر الأقل كما هو الحال في المناقصة.

وهذا الإسناد على العارض الذي تقدم بالعرض الأفضل يكون نهائياً ولا رجعة فيه، وقد برر مجلس الدولة الفرنسي ذلك باستنفاذ السلطة المختصة بالإرساء لاختصاصها، بين العروض مجدداً وانتقاء عرض آخر غير ذلك الذي تم اختياره في المرة الأولى يعتبر تصرفاً غير مشروع.

وبعد اختيار العرض الأكثر ملاءمة على النحو السابق بيانه، فإن صاحب هذا العرض يصبح متعاقداً مؤقتاً، ويجب أن يبقى على إيجابه حتى تدخل السلطة المختصة بالتوقيع، وإصدار قرارها بإبرام العقد، وذلك خلال الفترة المحددة في دفاتر الشروط الخاصة.

وبمجرد قيام السلطة المختصة بإصدار قرار الإبرام، تقوم الرابطة العقدية بين الطرفين، ويتحول مركز العارض الذي تم الإرساء عليه من مركز المتعاقد المؤقت إلى مركز المتعاقد مع الإدارة، وإن عدول الإدارة عن تنفيذ العقد معه بعد ذلك يؤدي إلى ترتب مسؤوليتها التعاقدية.

إلا أن الرابطة العقدية وفقاً للقانون السوري لا تقوم بمجرد صدور قرار توقيع العقد، إنما لا بد من تبليغ المتعاقد المؤقت أمر المباشرة، كما هو الحال تماماً في المناقصة[3].

[3] – أ.د. محمد الحسين – د.محمد نوح– مرجع سابق–ص210.

إبرام العقود بناءً على التفاوض

يعتبر العقد المفاوَض أحد أساليب إبرام العقود الإدارية، التي تعطي الإدارة مساحة واسعة من السلطة التقديرية، لأن العقد يبرم في هذه الحالة على أساس المناقشة والتفاوض الحر بين الإدارة والمرشحين الذين يمكن أن ينفذوا العقد المراد إبرامه.

ويطلق على هذا الأسلوب تسمية (التعاقد بالتراضي) في سوريا، وقد ورد هذا المصطلح لأول مرة في سورية في القرار رقم 124 المؤرخ في 1922/2/15 المتعلق بالتعليمات الخاصة بالمناقصات والمقاولات.

وأسلوب التعاقد بالتراضي ذو طابع استثنائي، حيث لا يجوز اللجوء إليه في حالات معينة حددها القانون، ومن ثم فإن استخدام هذا الأسلوب دون توافر أسبابه التي حصرها القانون من شأنه أن يجعل العقد المبرم باطلاً. وقد حددت الفقرة (أ) من المادة (39) من قانون العقود رقم 51 لعام 2004 الحالات التي يجوز فيها التعاقد بالتراضي كما يلي:

1- عندما تكون احتياجات الجهة العامة المطلوبة محصور صنعها أو اقتناؤها أو الاتجار بها أو تقديمها أو استيرادها بشخص معين أو شركة معينة أو جهة معينة أو عندما تقضي الضرورة شراءها في أماكن إنتاجها.

2- عندما تكون هناك أسباب فنية أو مالية أو عسكرية هامة تستوجب قيام جهات معينة بتأمين احتياجات الجهة العامة.

3- عندما تكون احتياجات الجهة العامة المطلوبة تستهدف القيام بأبحاث أو تجارب مما يتطلب اتباع أسلوب معين في التنفيذ بعيداً عن الأسلوب المعتاد.

4- في شراء العقارات عندما لا يكون هناك نفع عام يجيز استملاكها وبعد الاستناد لتقديرات تضعها لجنة مختصة في مجال شراء العقارات يشكلها آمر الصرف لهذا الغرض.

5- في استئجار العقارات.

6- في حال فشل المناقصة أو طلب العروض لمرتين متتاليتين على أن يتم التعاقد بالتراضي بنفس الشروط والمواصفات المحددة في دفتر الشروط الخاصة والإعلان.

7- في عقود الشحن وفي عقود التأمين على البضائع المشحونة.

8- عندما يتم التعاقد مع الشركات العامة والمؤسسات العامة والمنشآت العامة وذلك مع مراعاة البند /ب/ من المادة /3/ من هذا النظام.

9- في الحالات الطارئة التي تستوجب سرعة مبررة عندما لا يمكن تقديم المواد أو إنجاز الخدمات أو تنفيذ الأشغال بالطرق الأخرى بالسرعة المطلوبة.

10- عقود توريد المواد الخاضعة لبورصة عالمية.

11- عندما يكون تنفيذ الاحتياجات المطلوبة استكمالاً لمشروع معين قيد التنفيذ بتعهد سابق إذا كانت هناك ضرورات فنية وواقعية تستدعي استمرار المتعهد في القيام بالأشغال الجديدة.

وهنا ينبغي التثبت من أن هناك أسباباً فنية أو مالية استدعت عدم لحظ الأشغال الجديدة في التعهد السابق، ويكون التعاقد الجديد في هذه الحالة بشكل ملحق للعقد السابق وينص دفتر الشروط العامة على التدابير التي يجب اتخاذها لحصر الأعمال التي أنجزها المتعهد خلال مدة التعهد السابق.

ويعود تقدير توافر شروط هذه الحالات إلى آمر الصرف.

كما أعطى المشرع الصلاحية للوزير بالتعاقد بالتراضي في غير الحالات المذكورة، وذلك بناء على دراسة تبريريه توضح الحاجة التي تدعو لاتباع هذا الأسلوب متضمنة الأسس الواجب اعتمادها في تحديد السعر وسائر الشروط الأخرى.

بعد أن انتهينا من استعراض أساليب إبرام العقد الإداري، لابد من الحديث عن تنفيذ العقد الإداري، ويتجلى ذلك في تحديد حقوق والتزامات كل من طرفي العقد وهذا ما سيكون مدار حديثنا في المباحث القادمة من هذا الكتاب.

تمارين:

السؤال: مدة نشر المناقصات الداخلية:

1 – 15 يوم على الأقل.

2 – 20 يوم على الأقل.

3 – 25 يوم على الأقل.

4 – جميع الخيارات غير صحيحة.

الإجابة الصحيحة رقم 1

السؤال: تلجأ الإدارة إلى التعاقد بالتراضي ومن التشريع السوري:

1. بموافقة الوزير المختص.
2. إحالة الشراء من الخارج.
3. إذا توازن شروط محددة في القانون 51 لعام 2004.
4. في عقود التنمية.

الإجابة الصحيحة رقم 3.

الوحدة التعليمية الخامسة

امتيازات الإدارية في العقود الإدارية

الكلمات المفتاحية:

سلطة – امتياز – إدارة – متعاقد – رقابة – تنفيذ – توجيه – إلزام – تعديل – نسبة.

الملخص:

تتضمن هذه الوحدة امتيازات الإدارة في الإشراف والتوجيه أثناء تنفيذ العقد – وسلطتها في تعديل العقد بإرادتها المنفردة.

الأهداف التعليمية:

في نهاية هذه الوحدة التعليمية يجب أن يكون الطالب قادراً على معرفة:

ما تمتلكه الإدارة من امتيازات بمواجهة التعاقد لناحية حقها في الإشراف والرقابة والتوجيه بالإضافة إلى تعديل العقد بإرادتها المنفردة.

مقدمة:

سبق وأن بينا أن العقود الإدارية هي العقود التي تكون الإدارة العامة طرفاً فيها، وتكون مرتبطة بالمرفق العام، وتحتوي على شروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص مما يميزها عن هذه العقود. ففي حين تخضع العقود المدنية للقاعدة العامة "العقد شريعة المتعاقدين" تخرج العقود الإدارية عن هذا الأصل العام.

ومن هذه الشروط غير المألوفة امتيازات الإدارة التي تتمتع بها في مواجهة المتعاقدين معها، ولا تمنح الإدارة مثل هذه السلطات الخطيرة في مجال العقود الإدارية عبثاً أو كونها سلطة عامة، بل إن مبرر وجود مثل هذه السلطات هو مقتضيات سير المرافق العامة وتحقيق الصالح العام.

وقد جاء ذكر هذه السلطات في حكم لمحكمة القضاء الإداري المصرية عام 1957م حيث جاء فيه:

"وهذا القانون الإداري...يعطي جهة الإدارة سلطة الرقابة على تنفيذ العقد، وسلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها إذا أخل بالتزاماته، ثم سلطة تعديل العقد من جانبها وحدها، بل إن لها حق إنهاء العقد إذا رأت – حسب مقتضيات المصلحة العامة– أن تنفيذ العقد أصبح غير ضروري[1]."

وسنتناول هذه الامتيازات كما يلي:

- سلطة الرقابة على التنفيذ
- حق التعديل الانفرادي
- حق الإدارة في فرض الجزاءات.
- سلطة إنهاء العقد الإداري.

(1) د. سليمان الطماوي, العقود الإدارية ,الطبعة 5,مطبعة جامعة عين شمس,القاهرة,1991, ص 451.

سلطة الإدارة في الرقابة على التنفيذ

تبقى الإدارة المسؤول الأول والأخير عن حسن سير المرافق العامة وبالتالي تحقيق المصلحة العامة، وهذا يمنحها الحق في الرقابة على حسن تنفيذ المتعاقد لعقده المتعلق بالمرفق العام، وسوف ندرس هذه السلطة من خلال بيان مفهومها، وأساسها القانوني، وحدودها ونطاق تطبيقها وذلك من خلال الفروع التالية:

أ- مفهوم سلطة الرقابة(2)

يطلق مصطلح الرقابة للدلالة على معنيين:

1. المعنى الضيق، أي تحقق الإدارة من أن المتعاقد يباشر تنفيذ العقد طبقاً لشروطه، وذلك من أجل التأكد من سلامة التنفيذ. وبهذا المعنى تكون سلطة الرقابة مرادفة لمعنى الإشراف. وهذا يتم عادة عن طريق إرسال الإدارة بعض فنييها لزيارة مواقع العمل والتأكد من تنفيذه وفقاً للشروط المتفق عليها.
2. أما المعنى الثاني فهو المعنى الواسع، حيث يجوز للإدارة التدخل بدرجة تزيد على حد التأكد من سلامة تنفيذ العقد أثناء القيام به، ويحدث ذلك إذا ما استعملت الإدارة حق الرقابة للتدخل في أوضاع تنفيذ العقد وتغيير بعض تلك الأوضاع، وذلك في غير الحالات المنصوص عليها صراحة في العقد، شريطة ألا تؤدي هذه السلطة لتعديل العقد الإداري الانفرادي وذلك كإصدار الإدارة التعليمات للمتعاقد أو اتباع طريقة معينة بالتنفيذ واستبعاد الطريقة المتبعة، في هذه الحالة تأخذ الرقابة معنى التوجيه للمتعاقد.

ب- الأساس القانوني لسلطة الرقابة

قد يرد النص على سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد في العقد الإداري نفسه أو في دفاتر الشروط العامة أو الخاصة، وقد يرد النص عليها في بعض النصوص القانونية المنظمة لطائفة من العقود الإدارية إلا أن النص على هذا الحق في العقد يكون كاشفاً ومنظماً لا منشأً له، حيث إن عدم نص العقد على حق الرقابة لا يحرم الإدارة من سلطتها في مراقبة تنفيذ العقد فهذا الحق الأصيل للإدارة تستمده من

(2) د. سليمان الطماوي, المرجع السابق, ص454.

المبادئ العامة للقانون الإداري وليس من نصوص العقد. فمن المتفق عليه أن هذا الحق من النظام العام[3].

ورغم ثبوت هذا الحق للإدارة إن نص عليه العقد أم لا. فقد ثار خلاف فقهي حول الأساس القانوني لهذا الحق ونستعرض من بين هذه الآراء الفقهية ما يلي[4]:

1- فقد ذهب الدكتور سليمان الطماوي أن الطبيعة القانونية للمرفق العام هي الأساس القانوني لسلطة الدولة في الرقابة[5].

2- ويذهب رأي آخر إلى أن المرفق العام غير كاف لوحده كأساس لهذه السلطة بل يجب الأخذ بالنية المشتركة للمتعاقدين (الإدارة المفترضة) لحظة إبرام العقد. فالإدارة لا تستطيع التخلي عن وظيفتها بشكل كامل في تحقيق المصلحة العامة هذا من جانب، ومن جانب أخر أن المتعاقد قد وافق على التعاون مع الإدارة للإشباع الحاجات العامة عن طريق حسن تسيير المرفق العام، وهذا يدل على قبول المتعاقد مع الإدارة الخضوع لقواعد القانون العام التي تحكم العقود الإدارية.

3- وهناك رأي ثالث يرى أن استخدام هذه السلطة هو أحد أوجه امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة في سبيل تحقيق المصلحة العامة.

4- وأخيراً فقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية عام 1968 إلى أن سلطة الرقابة لها أساس قانوني مزدوج، يتكون من فكرة تحقيق المصلحة العامة وما تقتضيه من تحقيق مقتضيات المرافق العامة، ومن فكرة امتيازات السلطة العامة، كون سلطة الرقابة أحد تطبيقاتها[6].

ج- مجال تطبيق سلطة الرقابة.

حيث تستخدم هذه السلطة في جميع العقود الإدارية، ولكن نطاق استخدامها يختلف باختلاف نوع العقد، وذلك وفقاً لمدى صلة العقد بالمرفق العام[(7)]:

1- ففي عقود الأشغال العامة: تصل هذه السلطة إلى أبعد مدى لها حيث أن الإدارة تبقى صاحبة المشروع الذي ينفذه المتعاقد معها، فلا تقتصر رقابة الإدارة في هذا النوع من العقود على المعنى الضيق "الإشراف" وإنما تمتد لتشمل الرقابة بمعناها الواسع "التوجيه"، حيث يجب على الإدارة أن تراقب تنفيذ

[3] عبد العزيز عبد المنعم خليفة, الأسس العامة للعقود الإدارية, دار الكتب القانونية, المحلة الكبرى, 2005, ص239-240.

[4] د. محمد الحسين, د. مهند نوح, العقود الإدارية, منشورات جامعة دمشق, دمشق, 2005, ص227-228.

[5] د.سليمان الطماوي, المرجع السابق, ص456.

[6] عبد العزيز عبد المنعم خليفة, المرجع السابق, ص240.

([7]) د. محمد الحسين, د. مهند نوح, القانون الإداري, منشورات جامعة دمشق, دمشق, 2010, ص316ومابعدها.

نصوص العقد بدقة فائقة، وتقوم بتوجيه الأوامر للمتعاقد خلال تنفيذ العقد، والتدخل في أوضاع تنفيذ العقد، وتمارس الإدارة رقابتها عن طريق إرسال مندوبين عنها يعيشون في المشروع ويراقبون يومياً سير الأعمال وحسن تنفيذها من الناحية النوعية والكمية، وكذلك صلاحية الأدوات والمواد المستعملة، وفي حال وجود مخالفات بالتنفيذ تقوم الإدارة بتوجيه الأوامر الإدارية للمتعاقد الذي عليه الالتزام بها كونها تعد قرارات إدارية فردية ملزمة، مع حق المتعاقد التظلم منها إدارياً إذا كانت غير مبررة قانونياً، من خلال الاعتراض عليها ضمن مهلة (15) يوماً من تاريخ تبلغه إياها، لكي يسمح له فيما بعد اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر، ودون أن يكون له التوقف عن تنفيذ هذه القرارات.

وقد نظم المشرع السوري عملية الرقابة في تنفيذ عقود الأشغال في دفتر الشروط العامة الصادر بالمرسوم رقم 450 لعام 2004، في المواد 26-27 منه.

2- أما في عقود التزام المرافق العامة: فيجب التوفيق بين فكرتين أساسيتين تسودان تنفيذ العقد، وهما: أولاً فكرة كون الإدارة لا تستطيع التخلي عن تأمين سير المرفق العام موضوع العقد، وثانياً فكرة أن إدارة المرفق هي من شأن الملتزم(الملتزم يدير والإدارة تراقب) [8].

فالملتزم يستأثر بإدارة المرفق العام وتسييره، وتتحقق سلطة الرقابة في عقود الالتزام تحت مظهري الرقابة الفنية والمالية، وتهدف الرقابة الفنية إلى التأكد من أن الملتزم يدير المرفق وفقاً للقواعد التنظيمية التي تضعها الإدارة في سبيل ذلك، ومن قيام المتعاقد بصيانة المرفق وذلك بهدف التأكد من أن الملتزم يسير المرفق العام بانتظام واضطراد.

أما الرقابة المالية: فتتمثل بحق الجهة مانحة الالتزام بالتفتيش على حسابات المتعاقد الخاصة باستغلال المرفق العام.

والخلاصة أن رقابة الإدارة على الملتزم في عقود الالتزام تكون ضمن حدود معينة فتأخذ معنى الإشراف فقط دون أن تتضمن توجيهاً من جانب الإدارة للملتزم أو تدخلاً في إدارة المرفق على نحو يعوق الملتزم عن مباشرة نشاطه، حتى لاتنقلب هذه السلطة إلى سلطة وصاية وبالتالي يصبح المتعاقد موظفاً لدى الإدارة، وهذا يتنافى مع الطبيعة القانونية للعقد.

3- فيما يتعلق بعقود التوريد: حيث تضعف الصلة بين تنفيذ الالتزام وبين سير المرفق العام، فتكون سلطة الرقابة في هذه العقود أقل بكثير منها في عقود الأشغال العامة، فالأصل فيها أن يستقل المورد باختيار طريقة التنفيذ، وهذا يعني أن سلطة الإدارة في الرقابة تبقى في حدود الإشراف فقط، دون سلطة

([8])عبد العزيز خليفة, المرجع السابق, ص73.

التوجيه، وليس للإدارة سوى فحص التوريدات للتأكد من مطابقتها للشروط العقدية، وذلك كله طبعاً في عقود التوريد العادية.

أما في عقود التوريد الصناعية وهي نوع خاص من عقود التوريد حيث تتداخل عناصر التصنيع مع عناصر التوريد، فالأمر يكون مختلفاً حيث يكون للإدارة رقابة دائمة على التصنيع ذاته، ووسائله من الناحية الفنية والإدارية والمالية، ففي هذا النوع الخاص من عقود التوريد تتسع سلطة الإدارة في الرقابة من مجرد الإشراف لتصل إلى نواحي التوجيه.

د- حدود سلطة الرقابة[9]

إن سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقود الإدارية ليست مطلقة بل تمارس ضمن ضوابط معينة، فالإدارةُ منحت هذه السلطة لتحقيق هدف معين وهو تأمين حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد، فإذا قامت الإدارة باستعمال سلطة الرقابة لتحقيق غرض لا صلة له بتسيير المرفق العام المتصل بالعقد، عدّ ذلك إساءة الاستعمال السلطة الأمر الذي يخرج قرارها عن إطار المشروعية، وبالتالي تعويض المتعاقد في حال الحاق الضرر به، وإعطائه الحق بمنازعة القرار بعدم الشرعية وكذلك يتم تعويض المتعاقد إذا أدّت الإدارة القانونية إلى قلب التوازن المالي للعقد.

كما انه يتعين أن لاتصل سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه إلى حد التعديل الانفرادي لموضوع العقد أو شروطه، فسلطة الرقابة بمعناها المزدوج (الإشراف والتوجيه) لها حد معين تقف عنده، فلا يجوز استخدام سلطة الرقابة لتغيير الشروط المنصوص عليها صراحة في العقد أو تعديل طبيعة العقد. وأخيراً فالخلاصة إن ممارسة الإدارة لحق الرقابة والإشراف والتوجيه هو واجب على الإدارة مع كونه حقاً لها لا تستطيع التنازل عنه أو تجاهله، لأنه من النظام العام سواء نص عليه في العقد أم لا وذلك لان الإدارة تبقى المسؤول الأول والأخير عن حسن تنفيذ العقد المتعلق بالمرفق العام.

(9) د.محمد الحسين, د. مهند نوح, المرجع السابق, ص 319,د. عبد العزيز خليفة, المرجع السابق, ص241.

حق التعديل الانفرادي

إنه من القواعد المستقرة لدى الفقه والقضاء الإداريان في العصر الحديث، في كلّ من مصر وفرنسا وسوريا أنّ الإدارة تملك حق التعديل في أحكام عقودها الإدارية أثناء تنفيذها وبإرادتها المنفردة وسوف نأتي على هذا الحق من خلال الفروع الأربعة التالية:

أ- مفهوم سلطة التعديل

والموقف التشريعي والفقهي والقضائي المقارن

أن الأصل في العقود الإدارية كما هو الحال في العقود المدنية أنها تخضع للقاعدة العامة "العقد شريعة المتعاقدين" فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يحددها القانون (وذلك حسب نص المادة 148 من القانون المدني السوري) **[10]**، ويظهر ذلك بموقف مجلس الدولة الفرنسي بموجب قراره عام 1923 حيث قرر (إن العقد الإداري كما العقود المدنية تقوم أساساً على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ولا يمكن لأطراف العقد إن يعدلوه أو يفسخوه إلا بإرادتهم المشتركة) وكذلك قررت المحكمة الإدارية العليا المصرية بحكمها رقم 3565 تاريخ 2/2/ 1993 (إن العقود الإدارية شأنها شأن العقود المدنية يحكمها اصل عام هو إن العقد شريعة المتعاقدين حيث تقوم قواعده مقام قاعدة القانون بالنسبة لطرفيه)**[11]** وقد أيد الفقه في مصر هذه القاعدة**[12]**.

إلا إن الإدارة تستطيع الخروج عن هذه القاعدة استثنّاءً إلى قاعدة أخرى أصيلة تمتاز وتختص بها العقود الإدارية، وهي إن "العقد شريعة المرفق العام" وذلك إذا اقتضت الظروف المستجدة بالمرفق موضوع العقد قيام الإدارة بتعديله بإرادته المنفردة**[13]**

والإدارة لدى استعمالها لسلطة التعديل الانفرادي لا تتدخل في مجال مسكوت عنه في العقد، بل تحاول تغيير الشروط المنصوص عليها صراحة في العقد إما بالزيادة أو النقصان**[14]**.

[10] قرار المحكمة الإدارية العليا رقم /45/ في الطعن 222 لسنة 1986، ص266. مشار إليه لدى د. محمد الحسين، د. مهند نوح، القانون الإداري، المرجع السابق، ص 345.

[11] د. مهند نوح, الإيجاب والقبول في العقد الإداري، منشورات حلب الحقوقية، بيروت، 2005، ص 86-87.

[12] د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 408.

[13] د. مهند نوح, المرجع السابق، ص 89 وما بعدها.

[14] د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 458.

وهذه السلطة يتم النص عليها صراحة في العقد أو في القوانين أو اللوائح وفي هذه الحالة فلا خلاف حول حق الإدارة في استخدامها، أما عندما لا يرد نص صريح بذلك في العقد أو القوانين أو اللوائح فحينئذ يدقق بالأمر، ففي فرنسا وهي مصدر نظرية التعديل الانفرادي، ينقسم الفقه بهذا الشأن إلى ثلاث اتجاهات. أولها وهو الرأي الراجح يؤيد وجود هذا الحق مستقلاً عن النص عليه بالعقد، وثانيها وهو رأي الأقلية فيذهب إلى مهاجمة حق الإدارة في التعديل وينكر عليها هذا الحق وثالثهما وهو رأي الفقيه (جيز) حيث اتخذ موقف وسط أيّد حق الإدارة في التعديل، ولكنه قصره على عقدي الأشغال العامة والالتزام فقط دون سواهما [15]

أما في مصر فيذهب الرأي الراجح في الفقه المصري إلى تأييد هذا الحق للإدارة دون نص عقدي أو قانون، وقد أيد هذا الحق قضاء محكمة القضاء الإداري المصري (حكمها الصادر في 16 ك 1 عام 1956 وكذلك المحكمة الإدارية العليا المصرية في أحكامها المختلفة نذكر منها (حكمها الصادر 2 آذار لعام 1968) وإضافة إلى ذلك فقد نص على هذا الحق في المادة 78 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لعام 1998 [16]

وكذلك الحال في سوريا فقد سار الفقه الإداري السوري بنفس اتجاه الفقه المصري وغالبية الفقه الفرنسي، حيث اقر للإدارة حق تعديل العقد انفرادياً دون حاجة لنص تشريعي أو عقدي. والمستند القانون لذلك هو مقتضيات المصلحة العامة[17].

أما مجلس الدولة السوري فقد اقر أيضاً هذا الحق للإدارة في فتوى شهيرة وهو رأي مجلس الدولة رقم 23 لعام 1968[18] وكذلك أكدته المحكمة الإدارية العليا بحكمها رقم 23 بالطعن 148 عام 1984 بشأن انجاز المرحلة الأولى من مشروع معمل الغزلة في جبلة للقيام بأعمال انجاز القواعد البيتونية والأقنية الأرضية وصب الأرضيات حيث قامت الجهة العامة المتعاقدة وهي (المؤسسة العامة للصناعات النسيجية) بتعديل سماكة البيتون المسلح في الأرضيات من 15 سم لتصبح بسماكة 21 سم دون تعديل في أسعار هذه المادة[19]

(15) د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 458–459.

(16) راجع في الفقه العربي، د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص460 وما بعدها، د. مهند نوح، المرجع السابق، ص 95.

(17) راجع في الفقه العربي، د. عبد الله طلبه، مبادئ القانون الإداري، ج2، ط4، منشورات جامعة دمشق، دمشق، 1992، ص336.

(18) رأي مجلس الدولة رقم 23 لسنة 1968 ، خلاصة آراء القسم الاستشاري لدى مجلس الدولة في سنة 1968، ص 112.

(19) قرار المحكمة الإدارية العليا رقم 123، في الطعن 148 لسنة 1984م، مجموعة المبادئ القانونية التي قررت المحكمة الإدارية العليا في عام 1984، ص 310.

وقد نص على هذا الحق في م 65 من المرسوم التشريعي 228 عام 1969 المتضمن نظام عقود هيئات القطاع الإداري[20]، وأخيراً فقد تم تنظيم هذا الحق في المادة 62 من القانون 51 لعام 2004 وأيضاً في المادة 32 من الرسوم 450 المتضمن دفتر الشروط العامة للقانون 51.

وتجدر الإشارة إلى إن الحكم القضائي الذي أوجد اللبنة الأولى لهذا الحق هو حكم مجلس الدولة الفرنسي عام 1902 في قضية الشركة الجديدة لغاز مدينة دوفل _روان حيث أعطى هذا القرار الحق للإدارة بإلزام المتعاقد معها بمواءمة المرفق العام مع المتطلبات الجديدة للسكان وهي الاستفادة من الإنارة بالكهرباء بدلاً من الإنارة بالغاز، حيث لم يكن قبل هذا التاريخ من حق الإدارة تعديل عقودها الإدارية إلا بالاتفاق مع الطرف المتعاقد معها، وبعد ذلك التاريخ تتالت أحكام مجلس الدولة الفرنسي حيث أصبح مجلس الدولة ثابت الرأي بحق الإدارة في تعديل عقودها الإدارية انفرادياً دون الحاجة للنص على ذلك في العقد[21]

ب- الأساس القانوني لسلطة التعديل

لقد أصبح هناك إجماع فقهي وقضائي على حق الإدارة في التعديل الانفرادي لعقودها الإدارية دون نص يبيح ذلك في العقد، وذلك لضرورات المصلحة العامة، إلا أن الفقهاء قد اختلفوا حول الأساس القانوني لهذه السلطة وانقسموا إلى عدة أراء وهي[22]:

1_ معيار السلطة العامة: حيث يرى بعض الفقهاء في فرنسا ومصر أن الأساس القانوني لحق الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بشكل انفرادي سببه كون الإدارة سلطة عامة تمارس حقها في اتخاذ القرارات الإدارية بإرادتها المنفردة، وهو مظهر من مظاهر السلطة الإدارية ويشمل جميع شروط العقد. وان استخدام الإدارة لهذا الحق ليس امتياز تعاقدياً بل هو امتياز تنظيمي، وهذا الرأي منتقد وشبه مهجور في الوقت الحالي حيث لا تستطيع الإدارة تعديل جميع شروط العقد بإرادتها المنفردة، بل تملك فقط تعديل الشروط المتعلقة بسير المرفق، وإذا قلنا بان هذا الحق هو امتياز تنظيمي للإدارة فذلك يعني أن الإدارة تستطيع استخدامه في جميع الأوقات، ولها سلطة تقديرية مطلقة في هذا الشأن إلا أن ذلك ليس صحيحاً حيث إن سلطة الإدارة في التعديل مقيدة فلا تستطيع استخدامها إلا للضرورات المرافق العامة، والتسليم

([20]) د. عبدالله طلبه، المرجع السابق، ص 337–338.

([21]) أ.د. محمد الحسين، د. مهند نوح، العقود الإدارية ، المرجع السابق، ص 232–233.

([22]) أ.د. محمد الحسين، د. مهند نوح، العقود الإدارية ، المرجع السابق، ص 235 وما بعدها، د. محمد الحسين، الموسوعة القانونية المتخصصة، المرجع السابق، ص355.

بهذا الحق يعني أن المتعاقد ما هو إلا فرد عادي تابع للإدارة عليه تنفيذ قراراتها وهذه يتنافى مع مفهوم العقد الإداري الذي هو توافق إرادتين.

2 – معيار ضرورات المرفق لعام: حيث أن غالبية الفقه لا يؤيد معيار نظرية السلطة العامة، بل يؤكدون أن ضرورات المرفق العام هي الأساس القانوني لسلطة الإدارة في التعديل الانفرادي لأن هذه الضرورات متجددة باستمرار فيجب على الإدارة أن تلائم على الدوام العقود الإدارية مع متطلبات المصلحة العامة المتجددة وذلك قد يتطلب أن تغير الإدارة من شروط العقد وتضع التزامات جديدة على المتعاقد معها.

ويؤيد هذا الرأي في الفقه المصري الدكتور سليمان الطماوي حيث يقول: إن من المسلم به أن سلطة الإدارة في التعديل إنما مناطها احتياجات المرافق العامة، فهي ليست مجرد مظهر للسلطة الإدارية التي تتمتع بها الإدارة، ولكنها نتيجة ملازمة لفكرة المرفق العام التي يرجع إليها معظم قواعد القانون الإداري[23].

3 – الأساس المزدوج لسلطة التعديل: حيث يرى قسم آخر من الفقهاء إن الأساس القانوني لحق التعديل الانفرادي هو بطبيعته أساس مزدوج يخلط بين مقتضيات المرفق العام ومتطلباته المتجددة من جهة وامتيازات السلطة العامة من جهة ثانية، وقد أكد القضاء المصري والسوري هذه الفكرة بوصفها أساساً قانونياً لسلطة التعديل[24]

وفي الخلاصة فإننا نرى أن فكرة مقتضيات المرفق العام هي الأساس القانوني السليم الذي يجب أن تبنى عليه سلطة التعديل الانفرادي للإدارة، لأن الإدارة عندما تبرم عقودها الإدارية لا تتخلى عن التزامها في تحقيق المصلحة العامة بل على العكس من ذلك فهي تبقى المسؤول دائماً عن حسن تسيير المرفق العام، وبالتالي تحقيق المصلح العامة وبما أن هذه المصلحة متقلبة وحجاتها متجددة فيجب على الإدارة أن تعدل عقودها المتعلقة بالمرافق العامة بما يناسب ويلبي هذه الحاجات المتجددة.

([23]) أ.د. سليان الطماوي، المرجع السباق، ص 464.

([24]) د. محمد الحسين، الموسوعة القانونية المتخصصة، المرجع السابق، ص355.

ج- مدى أعمال سلطة التعديل

إن الإجماع الفقهي والقضائي على تمتع الإدارة بسلطة التعديل الانفرادي لعقودها الإدارية لا يعني أن الإدارة تستطيع تعديل عقودها الإدارية بشكل مطلق، بل إن هذا التعديل مقيد فهو لا يتناول سوى الشروط العقدية المتعلقة بإدارة المرفق العام، وكذلك بالنسبة لنوع العقد واتصاله بالمرفق العام وذلك حسب الصور التالية[25]

1- التعديل الكمي بالزيادة أو النقصان:

حيث تملك الإدارة وفي جميع عقودها الإدارية، القيام بتعديل التزامات المتعاقد معه زيادة أو نقصان وذلك من الناحية الكمية دون أن يكون لها الإجراء النوعي للعقد وذلك بتعديل طبيعة الالتزامات، وذلك يستوحى من نص المادة 62 من القانون 51 للعام 2004 والتي تنص:

- يجوز لأمر الصرف زيادة الكميات المتعاقد عليها أو إنقاصها خلال مدة تنفيذ العقد بنسبة لا تتجاوز 30 % لكل بند أو مادة من التعهد على حدا وذلك بنفس الشروط دون الحاجة إلى عقد جديد على أن لا تتجاوز مجموع الزيادة أو النقص 25 % من القيمة الإجمالية للعقد.
- يعطى المتعهد في حال الزيادة مدة إضافية تتناسب مع طبيعة ومقدار هذه الزيادة. وذلك من أجل هذه الزيادة فقط حيث بمقتضى هذه المادة يجوز للإدارة إجراء التعديل الانفرادي للعقد بالزيادة أو النقصان بشرط ألا تزيد نسبة الزيادة أو النقصان عن 30% عن كل بند عقدي وألا تتجاوز الزيادة الإجمالية أو الإنقاص الإجمالي ربع قيمة الأعمال المتعاقد عليها وذلك بشرط أن يتم التعديل مدة تنفيذ العقد، وإلا كان التعديل باطلاً.

هذا القيد الكمي على التعديل الانفرادي للعقد يفرض قيد نوعي حيث لا يجوز إجراء التعديل النوعي في العقد وهذا ينسجم مع نص المادة 32 من دفتر الشروط العامة الصادر بالمرسوم 450 لعام 2004 والتي نصت بأنه للجهة العامة عند الضرورة الحق بطلب إجراء أي تعديل أو تصحيح أو حذف أو إضافة أي من الأعمال المطلوبة في العقد سواء أدى ذلك إلى نقص أم زيادة في كميات تلك الأعمال المطلوبة في العقد. وهذا يؤكد على أن المشرع السوري أباح التعديل الكمي فقط دون التعديل النوعي، وقد أحسن

([25]) أ.د. محمد الحسين، د. مهند نوح، العقود الإدارية ، المرجع السابق، ص 238 وما بعدها،
أ.د. محمد الحسين، الموسوعة القانونية المتخصصة، المرجع السابق، ص355.
أ.د. محمد الحسين، د. مهند نوح ، القانون الإداري، المرجع السابق، ص 346-347.
أ.د. عبد الله طلبه، المرجع السابق، ص 337.

المشرع السوري صنعا حين أعطى المتعاقد مدة إضافية تتناسب مع تنفيذ الكميات الزائدة، فذلك يشكل ضمانة للمتعهد إزاء الإدارة والجزاءات التي يمكن أن تفرضها هذه الأخيرة في حالات التأخير (وذلك في فقرة ب من المادة 62 السابقة[26]).

2–التعديل في طرق ووسائل التنفيذ:

حيث يحق للإدارة عند ملامستها حصول ابتكارات واكتشافات جديدة خلال تنفيذ العقد تكون أكثر فائدة من المشروعات القديمة أن تستخدم حقها في التعديل الانفرادي للبنود العقدية، وذلك لمواءمة المرفق مع المتطلبات الجديدة الناشئة عن الابتكارات الحاصلة وبما يتناسب مع المصلحة العامة، حيث يمكن للإدارة أن تطلب من المتعاقد وتأمره باستخدام وسيلة فنية جديدة في التنفيذ بدلاً من الوسيلة المتبعة ولكن إذا تضرر المتعاقدين من جراء أوامر الإدارة هذه بالتعديل فإنه لهم الحق في التعويض.

3– تعديل مدة التنفيذ:

يحق للإدارة عندما تجد ضرورة للإسراع في تنفيذ العقد تحقيقاً للمصلحة العامة أن تقوم بتقصير مدة التنفيذ، وكذلك يحق لها أن تطيل أجل التنفيذ عندما تجد ضرورة لذلك كنقص في الاعتمادات المالية مثلاً ويحق للإدارة أخيراً أن تأمر بوقف تنفيذ العقد بشكل نهائي عندما لا تجد فائدة من إكمال العمل بالعقد، وفي كل هذه الحالات يحق للمتعاقد أن يطالب بالتعويض عما لحقه من ضرر.

وفي الخلاصة فإننا ننتهي إلى أن الإدارة تملك تعديل عقودها الإدارية كافة وبشكل انفرادي، إلا أن نطاق هذا التعديل – كما هو الحال في حق الرقابة – يختلف من عقد لآخر تبعاً لنوع العقد ومدى صلته بالمرفق العام، حيث يتسع استعمال الإدارة لهذه السلطة في عقود التزام المرافق العامة نظراً لاعتبار الملتزم بمثابة النائب عن الإدارة في إدارة المرفق، وكذلك تتسع في عقود الأشغال العامة لكون الإدارة تبقى صاحبة المشروع الذي ينفذه المقاول، في حين يضيق استعمال الإدارة لهذا الحق في مجال عقود التوريد نظراً لصلتها بالمرفق العام[27].

([26]) د. مهند نوح، المرجع السابق، ص 98.

([27]) عبد العزيز خليفة، المرجع السابق، ص245.

د- قيود استعمال سلطة التعديل

إن إرجاع سلطة التعديل الانفرادي إلى فكرة ضرورات المرفق العام يسمح بتحديد ظروف وشروط استعمال هذه السلطة، حيث لا يمكن للإدارة استعمال هذه السلطة إلا ضمن الشروط التالية[28]

1 - حدوث تغيير بظروف التعاقد خلال التنفيذ: حيث يجب حدوث تغير وتبدل بالظروف المحيطة بالعقد خلال تنفيذه لم تكن في حسبان المتعاقدين عند إبرام العقد، وأن تكون هذه الظروف المستجدة تقف حائلاً دون تحقيق المصلحة العامة، وذلك حتى يتسنى إعمال سلطة التعديل الانفرادي للإدارة بتعديل شروط العقد بما يتفق مع الظروف الجديدة للمصلحة العامة، وهذا الشرط ضروري ومتفق عليه من معظم الفقهاء لكن الأمر مختلف عليه إذا لم يحدث تغيير في الظروف لكن الإدارة لم تقدر مقتضيات المصلحة العامة بالشكل الصحيح وقت ابرام العقد بل أخطأت في تقديراتها فهل يحق لها إجراء التعديل أم لا؟

حيث يذهب الدكتور سليمان الطماوي برأيه مؤيداً سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية الانفرادية سواء كانت الإدارة مخطئة أم غير مخطئة في تقديراتها حيث يجب تمكين الإدارة من تنظيم المرفق العام بما يحقق الصالح العام على أتم وجه ممكن[29].

بينما يرى الدكتور ثروت بدوي في رسالته عن عمل الأمير عدم إمكانية الإدارة تعديل عقودها انفرادياً في هذه الحالة، بل عليها تحمل مسؤولية الخطأ الذي وقعت فيه وقت الإبرام، بحيث يجب على الإدارة أن تقدر حاجة المرفق تقديراً سليماً منذ بداية الأمر[30]

2 - اقتصار التعديل على الشروط التنظيمية في العقد:

حيث أنه من الراجح إن سلطة التعديل لا تتناول سوى الشروط العقدية المتصلة بسير المرفق العام وحاجته، وبالتالي لا يجوز للإدارة وبأي حال من الأحوال أن تمس شروط العقدية الأخرى والتي لها صلة بالمرفق العام كالميزات والأفضليات الممنوحة للمتعاقد وأهمها المزايا المالية للمتعاقد.

(28) أ.د. محمد الحسين، د. مهند نوح، العقود الإدارية ، المرجع السابق، ص 241 وما بعدها، د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 465 وما بعدها.

(29) د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 465.

(30) د. ثروة بدوي، نظرية فعل الأمير، رسالة دكتوراه مقدمة بالفرنسية في باريس 1954، ص101 مشار إليه لدى د. سليمان الطماوي ، المرجع السابق، ص 465.

3 – الالتزام بموضوع العقد:

حيث إن سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي يجب أن تقف عند حدود معينة لا يمكن تجاوزها، فلا يمكن للإدارة أن تفرض على المتعاقد التزامات جديدة خارج موضوع العقد، بحيث يجد المتعاقد نفسه أمام عقد جديد ما كان يقبل به لو عرض عليه في بادئ الأمر، كون المتعاقد أقدم على العقد في ضوء إمكانياته المالية والفنية وتطبيقاً لذلك فلا يمكن للإدارة بتعديلها الانفرادي إعطاء محل جديد للعقد غير المحل المتفق عليه، أو تغيير نوع العقد أو موضوعه وإلا جاز للمتعاقد الامتناع عن تنفيذ قرار الإدارة أو طلب فسخ العقد مع المطالبة بالتعويض الكامل عما يكون لحقه من خسائر، لأن قرار الإدارة في مثل هذه الحالات يعد باطلاً بحيث يملك المتعاقد حق الامتناع عن تنفيذه وطلب إلغاءه من قاضي العقد.

4 – احترام مبدأ المشروعية:

حيث يجب على الإدارة عند تعديلها لعقودها أن تحترم قواعد المشروعية، وذلك بأن يكون قرارها بالتعديل مستوفياً لأركان صحته من حيث صدور القرار عن السلطة المختصة، واستيفائه للشكليات والإجراءات القانونية، وأن تكون الغاية من القرار تحقيق المصلحة العامة، أما إذا كان إجراء الإدارة مخالفاً لمبدأ الشرعية فإنه يكون باطلاً ومن حق المتعاقد طلب إلغاءه من القاضي الإداري.

5 – عدم الإخلال بالتوازن المالي للعقد:

حيث أنه وإن كان من حق الإدارة تعديل عقودها انفرادياً بزيادة أو إنقاص التزامات المتعاقد معها كمياً، خلال تنفيذ العقد، إلا أنه لا يجوز لها بتعديلاتها أن تخل بالتوازن المالي للعقد، فتفرض التزامات جديدة على المتعاقد تجاوز الحدود الطبيعية أو المعقولة وتؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب، وفي حال حدوث ذلك فإنه يحق للمتعاقد مع الإدارة الامتناع عن تنفيذ العقد أو طلب فسخ العقد مع حقه في التعويض الكامل والشامل عن كافة الإضرار التي لحقت به من جراء تصرف الإدارة، أي تعويضه عن كافة الخسائر التي لحقت به وعن الأرباح المشروعة التي كان من الممكن أن يحققها لو استمر العمل بالعقد بالشكل الطبيعي، وهذا التعويض الكامل هو أحد أهم الآثار القانونية لنظرية فعل الأمير التي تعتبر سلطة التعديل الانفرادي إحدى تطبيقاتها[31]

([31]) أ.د. محمد الحسين، د. مهند نوح، العقود الإدارية ، المرجع السابق، ص 328–329 .

حق الإدارة في فرض الجزاءات



من الثابت قانوناً وفقهاً وقضاءً أنَّ الإدارة تملك حق فرض الجزاءات الإدارية على المُتعاقد معها بإرادتها المنفردة، دون اللجوء إلى القضاء وذلك في حال إخلال المُتعاقد، ودون اشتراط حصول الضرر للإدارة. وتعد هذه السُلطة من أخطر الامتيازات في مواجهة المُتعاقد معها في مجال العقود الإدارية، وغاية هذه السلطة هو ضمان حُسن تنفيذ العقد المتعلق بتنظيم وتسيير المرفق العام ضماناً لتحقيق المصلحة العامة[1]

أ- تطّور هذه السُلطة[2]

خضعت الجزاءات الإدارية لتطورٍ هام في قضاء مجلس الدولة الفرنسي فقد كانت الإدارة في حال إخلال المُتعاقد في التزاماته العقدية تُطّبق العقوبات المنصوص عليها في العقد، فكانت تستمد سُلطتها في فرض الجزاءات من نصوص العقد أو القوانين واللوائح، ومن ثم إذا لم يتم النص على مثل هذه العقوبات في العقد أو القوانين فلم يكن من حق الإدارة فرضها، حيث كان مجلس الدولة الفرنسي ثابت القضاء على وجوب احترام النصوص العقدية، أما في حال سكوت العقد فقد كان القاضي الفرنسي يطبق عقوبة الفسخ. إلا أنَّ مجلس الدولة الفرنسي عدَل عن هذا الاتجاه منذ عام 1907 في قراره في قضية (دبلانيك) حيث قرر حق الإدارة في فرض الجزاءات العقدية وإن لم ينص عليها في العقد مُكرّساً في ذلك مبدأ حق الإدارة في توقيع الجزاءات بنفسها حتى في حالة سكوت العقد، وكذلك فقد أقرّ هذا المبدأ في قضية شركة ملاحة بجنوب الأطلنطي 1929 م.

([1]) أ.د. محمد الحسين، د. مهند نوح، القانون الإداري ، المرجع السابق، ص 231 .

([2]) أ.د. محمد الحسين، د. مهند نوح، العقود الإدارية ، المرجع السابق، ص 245-246.

ب- السمات العامة للجزاءات الإدارية

حيث تنفرد هذه العقوبات التي توقعها الإدارة في مجال عقودها الإدارية بخصائص تميزها عن تلك التي تقع في إطار العقود المدنية، وهذه الخصائص هي: [3]

1-حق الإدارة في توقيع الجزاء بنفسها. حيث لتلك الإدارة حق توقيع الجزاءات بنفسها ودون الحاجة إلى الالتجاء إلى القضاء لطلب ذلك. ويكون ذلك تحت رقابة القضاء في كل حال.

2- حق فرض الجزاء دون نص خاص في العقد. ومع ذلك غالباً ما تضمن العقد نصوص على مختلف الجزاءات التي يحق للإدارة فرضها بحق المُتعاقد المُخل بالتزاماته.

3-إنذار المُتعاقد وهذا يعني أنه قبل فرض أي عقوبة من قبل الإدارة بحق المُتعاقد فإنه يتوجب على الإدارة إنذار المُتعاقد، على أن يتضمن الإنذار تنبيهه إلى الأخطاء المرتكبة والأسباب التي تتمسك بها الإدارة لفرض مثل هذه العقوبة.

وفي فرنسا: يذهب مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 1928/3/9 إلى أن الإنذار قبل فرض جزاء غرامة التأخير لا قيمة له كون المُتعاقد مُلزم بدفع غرامة التأخير المنصوص عليها بالعقد إن حصل ضرر للإدارة أمر لا، بينما يذهب المجلس في حكم آخر له صادر 1957 إلى ضرورة الإنذار قبل فرض العقوبات الضاغطة المؤقتة أو عقوبات إنهاء العقد لأن الهدف من هذه العقوبات ليس الحصول على مقابل مالي بل لإجبار المتعاقد على الوفاء بالتزاماته وهي استمرارية المرفق العام[4].

إلا أنه يستفاد من بعض أحكام المجلس تعميم هذا الالتزام وجعله قاعدة عامة يجب التزام الإدارة بها[5] ولكن مجلس الدولة يضع استثناءات على هذه القاعدة العامة وهي:

أ. تعفى الإدارة من الإعذار في حال اتفاق الطرفين صراحة على ذلك في العقد أو ورود نص على ذلك في دفاتر الشروط أو القوانين.

ب. كذلك أعفى المجلس الإدارة من شرط الإعذار في حالة الضرورة المُلِّحة.

(3) د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 500 وما بعدها.
د. عبد العزيز خليفة، المرجع السابق، ص261 وما بعدها.

(4) مشار إلى الحكمين لدى : أ.د. محمد الحسين، د. مهند نوح، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 248.

(5) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 11 /تموز/ 1941 مذكور لدى: د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 506 وحكم المجلس الصادر في 1967/3/1، مذكور لدى د. محمد الحسين، د. مهند نوح، العقود الإدارية، المرجع السابق،ص 249.

أما في مصر: يوجد حكم قديم لمحكمة القضاء الإداري المصري صادر في 21/ حزيران/ 1953 يجعل من شرط الإنذار قاعدة عامة، بينما يؤكد الدكتور أحمد عثمان عياد أن القضاء في مصر لا يشترط الإنذار إلا في حال وجود نص على ذلك(6).

وفي سورية: فالمستقر أن الإنذار لا يعتبر شرطاً أساسياً ضمن العقود الإدارية إلا إذا نصَّ العقد على ذلك أو إذا نصَّ عليه في القانون بالنسبة لجزاءٍ مُعيّن(7).

4 – خضوع الإدارة في فرض الجزاءات لرقابة القضاء:

تشمل رقابة القضاء المشروعية والملائمة معاً. وتوازن هذه الرقابة سلطات الإدارة الواسعة في هذا المجال وتشكّل ضمانة فعّالة للمتعاقد من تعسف الإدارة أو مخالفتها للقانون.

حيث يتأكد القاضي من مشروعية قرارات الإدارة من حيث أنها صادرة عن جهة مختصة وهدفها المصلحة العامة، وأنها استوفت الشروط القانونية، والإجراءات والأشكال. وتمتد رقابة القاضي إلى البواعث والأسباب التي دفعت الإدارة لتوقيع الجزاء.

أما رقابة الملائمة فتكون بتأكد القاضي من أن الجزاء المفروض من قبل الإدارة يتناسب مع الخطأ المرتكب من قبل المتعاقد.

5 – أن يكون المتعاقد قد ارتكب خطأً جسيماً في تنفيذ التزاماته:

حيث ليس كل خطأ يرتكبه المتعاقد يبرر فرض الجزاءات العقدية، وإنما يجب أن يكون خطأ المتعاقد على درجة من الجسامة بحيث يكون ماساً بالمرفق العام ويسبب ضرراً بالمصلحة العامة ما يبرر تدخل الإدارة وفرضها للجزاءات وذلك بغية ضمان سير المرافق العامة بانتظام واضطراد.

وهنا لا يشترط حصول ضرر للإدارة من جراء خطأ المتعاقد لكي يتمَّ فرض الجزاء عليه، حيث أن مجرد إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية يبيح للإدارة معاقبته حتى دون حصول ضرر (8).

(6) د. محمد الحسين، د. مهند نوح العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 248 بالهامش.

(7) أ.د. محمد الحسين، د. مهند نوح، القانون الإداري ، المرجع السابق، ص 322 .

(8) أ.د. محمد الحسين، د. مهند نوح، القانون الإداري، المرجع السابق، ص 324.

ج- أنواع الجزاءات الإدارية

تتقسم الجزاءات العقدية إلى أربعة أنواع هي: الجزاءات المالية والجزاءات الضاغطة، والجزاءات المنهية للعقود، والعقوبات الجزائية وسنتناول شرحها تباعاً كما يلي:

أولاً – الجزاءات المالية[9]:

وهي عبارة عن المبالغ المالية التي يحق للإدارة استيفائها من المتعاقد في حال إخلاله بالتزاماته العقدية، وهي نوعان: منها ما يقصد به تغطية الضرر الذي لحق بالإدارة (التعويض)، ومنها ما يقصد به عقاب المتعاقد على تأخره في التنفيذ بغض النظر عن أي ضرر يلحق بالإدارة (غرامات التأخير).

1- التعويضات:

وهذا هو الجزاء الأصيل للإخلال بالالتزامات العقدية، وذلك إذا لم ينص العقد على جزاءات مالية أخرى.

والنظام القانوني لهذه العقوبات قريب من النظام المدني فيما يتعلق بكيفية تقدير التعويض، وفي اشتراط ركن الضرر، ولكن يختلف النظامين فيما يتعلق بكيفية التحصيل.

فالتعويض على عكس الغرامات لا يحكم بها القاضي إلا إذا أثبتت الإدارة حصول الضرر، كما يقدّر التعويض وفقاً لجسامة الضرر مع مراعاة خطأ كل من الطرفين وذلك كله وفقاً للقواعد المدنية.

وقد أباح مجلس الدولة الفرنسي للإدارة أن تحدد مقدار التعويض مُسبقاً، وعلى أن يكون للمتعاقد أن ينازع في هذا التقدير أمام القضاء، وتستطيع الإدارة أن تحصل التعويضات بإرادتها المنفردة، ولها أن تعدل عن استعمال حقّها، وتترك تقدير التعويض للقضاء.

ولا توجد في مصر أو كذلك في سورية أية نصوص تشريعية تجيز للإدارة استعمال هذا الأسلوب بالتقدير الانفرادي لمبلغ التعويض وتحصيله بأسلوب التنفيذ الجبري، ولكن على الإدارة إذا ما تضررت من تصرفات المتعاقد أن تطالب بالتعويض أمام القاضي الإداري.

[9] أ.د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 509، وما بعدها.

أ.د. محمد الحسين، د. مهند نوح، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 250 وما بعدها.

أ.د. محمد الحسين، د. مهند نوح، القانون الإداري، المرجع السابق، ص 324 وما بعدها.

2- **مصادرة التأمينات:** وهي استيلاء الإدارة على مبلغ التأمين الذي يودعه المتعاقد مع الإدارة ليضمن لها ملاءته لمواجهة مسؤوليته في حال إخلاله بشروط العقد[10].

والتأمينات التي يقدمها المتعاقد نوعان، التأمينات المؤقتة: وهي تضمن جدية العرض، والتأمينات النهائية: وتدفع في سبيل ضمان جدية التنفيذ[11]. ويحق للإدارة مصادرة التأمينات المؤقتة إذا لم يوقع المُتَعَّهِد المُرشح العقد خلال المدة المحددة وهي ثلاثون يوماً كحد أقصى من تاريخ تبليغه خطياً الإحالة عليه (وذلك وفق المادة 31 من القانون 51 لعام 2004) مع الاحتفاظ للإدارة بحقها بالتعويض عن العطل والضرر عند الاقتضاء وتصادر التأمينات النهائية في حال إخلال المتعاقد بالالتزامات العقدية، ولاسيما إذا تبلغ أمر المباشرة ولم يقم بالبدء بالتنفيذ.

وقد قرر القضاء الإداري السوري أن مصادرة التأمين عملية منفصلة عن المطالبة بالتعويض عن الأضرار، إذ لكل منهما سببه، وبالتالي يجوز الجمع بين مصادرة التأمينات النهائية والتعويض الذي يحكم به القاضي.

3- **غرامات التأخير:** هي مبالغ مالية منصوص عليها في العقد بنسبة مئوية عن كل يوم تأخير، وللإدارة أن تُحصّلها من المتعاقد في حالة إخلاله بالتزاماته، دون حاجة لحكم قضائي، وتهدف هذه الغرامة لضمان تنفيذ العقد الإداري في الموعد المتفق عليه حرصاً على حُسن سير المرفق العام موضوع العقد بانتظام واضطراد.

وتعدُّ غرامات التأخير في العقود الإدارية ذات طبيعة جزائية[12]. وهي تختلف في طبيعتها عن الشرط الجزائي في العقود المدنية حيث أن الشرط الجزائي يعتبر بمثابة تعويض متفق عليه مقدَّماً يستحق إذا ما أخل أحد المتعاقدين بالتزامه، إذا ما أصاب المتعاقد الآخر ضرر من جراء ذلك، ويشترط لاستحقاقه إعذار الطرف الآخر وهو خاضع لتقدير القاضي الذي له حق تخفيضه، أما غرامة التأخير فهي تستحق بمجرد التأخير وحتى لو لم ينجم عنه ضرر ولا تخضع لتقدير القاضي، فاقتضاؤها منوط بتقدير الإدارة[13]. ومن المستقر عليه في قضاء مجلس الدولة الفرنسي أن الإدارة تملك توقيع الغرامة بقرار منها ودون حاجة لإثبات الضرر، بمجرد تحقق المخالفة التي فرضت الغرامة لمواجهتها، ويجب إعذار المتعاقد قبل توقيع الغرامة إلا إذا نص العقد على خلاف ذلك.

[10] د. عبد الله طلبة، المرجع السابق، ص 335.

[11] انظر المادة 46 و 48 من القانون 51/ 2004.

[12] د. محمد الحسين، د. مهند نوح، القانون الإداري، المرجع السابق، ص 327.

[13] د. عبد العزيز عبد المنعم خليف، المرجع السابق، ص 265 – 266.

ويرتب القضاء الإداري في فرنسا أحكام الغرامة كما يلي:

أ. تفرض الغرامة بشكل تلقائي في حال تأخر المتعاقد عن التنفيذ.

ب. إن النص عليها بنسبة محددة بالعقد تفرض على الإدارة الالتزام بمقدارها فلا تستطيع أن تطالب بأكثر منها، إلا أنه يجوز الجمع بينها وبين التعويض.

ت. لا يجوز للمتعاقد الاحتجاج بعدم إلحاق الضرر بالإدارة من جراء التأخير، وبالتالي عدم أحقية الإدارة باستحقاقها بأن الضرر قد وقع بمجرد التأخير عن التنفيذ.

ث. تستطيع الإدارة أن تجمع بين الغرامة التأخيرية والعقوبات الضاغطة أو الفاسخة.

وأخيراً يمكن للإدارة فرض غرامة التأخير أو الإعفاء منها جزئياً أو كلياً فذلك عائد لسلطتها التقديرية.

وقد قنن المُشرّع السوري أحكام غرامات التأخير في نظام العقود الموحد، حيث أعطى الإدارة حق فرض غرامة تأخير بشرط ألا تقل الغرامة اليومية عن 0،001 واحد بالألف من القيمة الإجمالية، وألا يزيد مجموع الغرامات على 20% من القيمة الإجمالية للتعهد، مع إعطاء الإدارة جواز تجزئة غرامات التأخير، بحيث يتم حسابها على أساس قيمة الجزء المتأخر في تسليمه، وذلك إذا نص دفتر الشروط الخاصة أو الإعلان على ذلك، وبشريطة توافر الشرطين المتلازمين:

1- أن يكون الجزء المسلّم قد سلّم خلال مدة التسليم.

2- أن يكون الجزء المسلم قابل للاستعمال العادي بمعزل عن الجزء غير المسلم، أي المتأخر في تسليمه[14].

وهناك أسباب حددها القانون على سبيل الحصر توجب على الإدارة إعفاء المتعاقد من غرامات التأخير في حال تحققها، وهي:

أ. إذا تمَّ التأخير بسبب من الإدارة المتعاقدة (الفقرة أ . ق 53 من القانون 51).

ب. إذا تمّ التأخير بسبب من الإدارات العامة الأخرى غير الإدارة المتعاقدة: (ف أ/ و53).

[14] انظر المادة /50/ لعام 2004، وانظر على سبيل المثال / م 51 للفقرة أ و ب/ حالات انقاص غرامة التأخير والإعفاء منها أو تحديدها بشكل آخر، والمادة 15 من المرسوم 450 لعام 2004.

انظر على سبيل المثال قرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم 405 في الطعن رقم 143 لسنة 1984 حيث قالت فيه المحكمة (ان تقاعس المتعهد عن تقديم الحقيات للمتعاقد عليها خلال المدة العقدية واضطرار الإدارة لشراء المواد بموجب فرض غرامة التأخير بحدها الأقصى على المتعهد) منشور في مجموعة مبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عام 1984، ص 412.

ت. القوة القاهرة وهي الظرف الخارج عن توقع إرادة المتعاقدين والذي لا يمكن دفعه، ويؤدي إلى استحالة التنفيذ بشكل نسبي وليس بشكل مطلق لأنه في هذه الحالة تؤدي القوة القاهرة إلى استحالة التنفيذ (ف ب / م 53).

ثانياً: الجزاءات الضاغطة:

تفرض هذه العقوبات على المتعاقد الناكل بتنفيذ التزاماته في الحالات التي لا تحتمل التأخير في التنفيذ أو إعادة التعاقد أو فسخ العقد[15]. وتهدف إلى إرغام وإكراه المتعاقد على تنفيذ التزاماته العقدية.

وتتسم هذه العقوبات بصفتين أساسيتين هما الصفة المؤقتة فهي لا تضع نهاية للرابطة العقدية. بل تسمح للإدارة أن تحل بنفسها أو تضع غيرها محل المتعاقد للاستمرار بتنفيذ العقد على مسؤولية ونفقة المتعاقد الأصلي، ومن جهة أخرى، فهي لا تفرض إلا في حال ارتكاب خطأ جسيم من قبل المتعاقد، مع ضرورة إعذاره من قبل الإدارة قبل توقيع الجزاء[16].

وتتخذ وسائل الضغط صوراً ثلاث بالنسبة للعقود الإدارية الرئيسية الثلاثة وهي:

1- وضع المشروع تحت الحراسة في عقود التزام المرافق العامة[17]: حيث تضع الإدارة المرفق المدار بطريق الالتزام تحت الحراسة في حالة إذا ما قصر الملتزم في تسيير المرفق تقصيراً جسيماً، وكذلك تضعه تحت الحراسة إذا كان ثمة ما يهدده بالتوقف ولو بدون خطأ من الملتزم. وعندما تضع الإدارة المرفق تحت الحراسة فإما أن تباشر إدارته بنفسها، أو أن تعهد بالإدارة لمتعاقد آخر تختاره.

ويقتضي هذا الجزاء رفع يد الملتزم المقصّر عن إدارة المرفق مؤقتاً، وبالتالي يجيب التفريق بين أسباب اتخاذ هذا الجزاء لتحديد نتائجه فيما يتعلق بالناحية المالية، فإذا قررت الإدارة الحراسة كجزاء لتقصير الملتزم، فإن مخاطر الإدارة تكون على عاتقه، فيدار المرفق على نفقته ومسؤوليته، أما إذا قررت الحراسة بغير خطأ الملتزم، فإن الملتزم لا يتحمل مخاطر الإدارة المالية.

[15] د. محمد الحسين، الموسوعة القانونية المتخصصة، المرجع السابق، ص 356.

[16] د. محمد الحسين، د. مهند نوح، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 253.

[17] د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 529 وما بعدها.

أ.د. محمد الحسين، د. مهند نوح، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 253.

ووضع المرفق تحت الحراسة لا يؤدي إلى إسقاط حقوق الملتزم الأصلي ولا إلى فسخ العقد، وطالما أنه إجراء مؤقت فهو إمّا أن ينتهي باستعادة الملتزم لإدارة المرفق، أو بإسقاط الالتزام، أو بانتهاء المدة المحددة في دفاتر الشروط، أو بصدور حكم قضائي بعدم مشروعية قرار الحراسة.

2- سحب الأعمال في عقود الأشغال[18]: وهو جزاء تحلّ الإدارة بمقتضاه بنفسها، أو عن طريق شخص آخر تتعاقد معه محل المقاول الأصلي الناكل عن تنفيذ التزاماته، وذلك حرصاً على إتمام إنجاز الأعمال بالشكل والسرعة المطلوبة.

ويطلق على هذا الجزاء أيضاً مصطلح (وضع الأشغال تحت الإدارة المباشرة).

ويهدف هذا الإجراء إلى إرغام المتعاقد على تنفيذ العقد، فليس من شأنه إنهاء العقد، فلا يوقع هذا الجزاء إلا مع قيام الرابطة العقدية، ولا يتم اللجوء إلى هذا الجزاء إلا في أحوال المخالفات الجسيمة.

وقد حدد القانون 2004 حالات سحب الأعمال على سبيل الحصر في المادة 54 منه ولذلك فإن سلطة الإدارة تعيده من حيث أسباب اتخاذ قرار السحب، ولكن في حال تحقق أحد هذه الأسباب فإن سلطة الإدارة تقديرية في تقرير السحب أو عدمه.

3- الشراء على حساب المورد في عقود التوريد[19]: حيث تقوم الإدارة بشراء المنقولات المتفق على توريدها على حساب ومسؤولية المتعاقد المقصّر عن التوريد.

وإن الشراء على حساب المورد المقصّر يخضع لذات النظام القانوني، الذي يخضع له إجراء سحب الأعمال، والذي قننته المادة 54 من القانون 51، وتقوم الإدارة بالتوريد على حساب المورد وعلى مسؤوليته وتحميله فروق الأسعار والنفقات الإضافية أي عطل أو ضرر يلحق بالإدارة. وكذلك فإنَّ هذا الإجراء لا ينهي الرابطة العقدية بل هو وسيلة ضغط وإكراه المتعاقد وإجباره على الوفاء بالتزاماته.

ثالثاً – الجزاءات الفاسخة:

وتعد هذه الجزاءات من أخطر العقوبات لكونه تنهي الرابطة التعاقدية فلا تستخدمه الإدارة إلا في حال إخلال المتعاقد إخلالاً جسيماً بالتزاماته. ويُمَيِّز مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد بين الفسخ في العقود الإدارية وبين الفسخ في حالة عقد الالتزام حيث يطلق عليه تسمية إسقاط الالتزام.

[18] أ.د. محمد الحسين، د.مهند نوح، القانون الإداري، المرجع السابق، ص 334.

[19] د. محمد الحسين، د. مهند نوح، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 25، انظر المادة 54 من القانون 5 والمادة 15 من دفتر الشروط العامة الصادر بالمرسوم 450 / 2004.

1- الفسخ: وهو كما ذكرنا من أخطر وأقسى الجزاءات التي يمكن أن تفرضها الإدارة على المتعاقد المخل بالتزاماته لأنه يؤدي إلى إنهاء الرابطة العقدية. ويفترض هذا الجزاء ارتكاب خطأ جسيم من قبل المتعاقد وتقوم الإدارة بالفسخ بقرار إداري يصدر عن السلطة المختصة.

ويتطلب مجلس الدولة الفرنسي لإيقاع الفسخ عدة شروط هي[20]:

أ. الخطأ الجسيم وقد اعتبر المجلس إهمال المتعاقد للأعمال أو وقف التوريد أو الغش خطأً جسيماً يُبرّر الفسخ.

ب. الأعذار قبل توقيع جزاء الفسخ إلا إذا نص العقد على خلاف ذلك.

ت. إيقاع الفسخ بقرار من الإدارة، دون حاجة للالتجاء للقضاء.

ث. رقابة القضاء الواسعة التي تشمل نواحي المشروعية والملائمة للعقوبة المتخذة.

ونشير إلى أن القانون السوري لم يأخذ بالفسخ كجزاء عقدي تملكه الإدارة، مع أن القضاء الإداري السوري قد أخذ به وسلَّم بحق الإدارة في فرضه عن طريق قرار إداري دون الحاجة للجوء للقضاء مع اشتراط وقوع المتعاقد بخطأ جسيم، مع حق المتعاقد بالتعويض إذا وقع الفسخ بشكل تعسفي، ورقابة القاضي هنا تشمل نواحي المشروعية والملائمة معاً على قرار الفسخ الذي تتخذه الإدارة فيستطيع القاضي إلغاء قرار الإدارة غير السليم بالفسخ والتعويض على المتعاقد. بينما يكتفي القاضي الإداري في فرنسا بالحكم بالتعويض دون إلغاء قرار الإدارة إذا لم يكن سليماً[21].

2- **إسقاط الالتزام**[22]: يستعمل مجلس الدولة الفرنسي هذا الاصطلاح ويخصُّ به عقود التزام المرافق العامة دون غيرها من العقود الإدارية الأخرى التي يستعمل فيها – كما مرَّ معنا – اصطلاح الفسخ. وقد جرت العادة أن يتضمن عقود الالتزام شروطاً تعين الحالات التي يكون فيها من حق الإدارة فسخ عقد الالتزام كعقوبة. ولكن من المُسلّم به أن حق الإدارة بالفسخ معترف به ولو لم ينص عليه بالعقد حيث أنَّ هذا الحق من النظام العام وفسخ عقد الالتزام يفترض وقوع أخطاء جسيمة من جانب الملتزم حيث لا تنفع معه جزاءات الضغط والإكراه ويكون من غير المجدي إكمال العقد معه.

[20] د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 554 – 555.

[21] أ.د. محمد الحسين، د. مهند نوح، القانون الإداري، المرجع السابق، ص 344.

[22] أ.د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 545، وما بعدها.

جورج طويل، بيار دلفولفية، القانون الإداري، ج1، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2001، ترجمة منصور القاضي، ص 350.

ولما كان فسخ الالتزام يتضمن خطورة بالغة بالنسبة للملتزم الذي يتكلف مبالغ طائلة من أجل إعداد المرفق، فإن مجلس الدولة الفرنسي يحيط هذا الفسخ بقيود شديدة هي:

أ. وقوع خطأ بالغ الجسامة من قبل الملتزم (كوقف استغلال المرفق، أو التنازل عن العقد دون موافقة الإدارة...)

ب. إعذار المتعاقد قبل إيقاع جزاء الفسخ، وغالباً ما تنص عقود الالتزام على هذا الشرط، لكن مجلس الدولة الفرنسي يجعل منه شرطاً أساسياً للقضاء بالفسخ حتى ولو خلا العقد من النص عليه، فلا تتحرر منه الإدارة إلا بناءً على شرط صريح بالعقد، أو إذا ثبت أن الإعذار لا فائدة منه كما لو أعلن الملتزم نفسه عدم قدرته على إدارة المرفق.

ت. وجوب أن يحكم القاضي بالفسخ: وهذه الخاصية ينفرد بها عقد الالتزام على خلاف القاعدة العامة في باقي العقود الإدارية، والتي تقضي بحق الإدارة في توقيع الجزاء بنفسها دون حاجة للالتجاء للقضاء.

ولكن للإدارة أن تستردّ حقها في إيقاع جزاء الفسخ بنفسها من طريق شرط صريح يرد في عقد الالتزام. وفي هذه الحالة يكون من صلاحيات القاضي أن يحكم بإلغاء قرار الفسخ (الإسقاط) الصادر من الإدارة بصورة غير سليمة وبالتعويض إذا كان له مبرر.

رابعاً: العقوبات الجزائية[23]:

يحكم هذا الموضوع القاعدة الدستورية العامة والتي تقضي بأنه (جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على نص). وبالتالي لا يمكن فرض مثل هذه العقوبات الجزائية بحق المتعاقد إلا بوجود نص قانوني صريح يبيح ذلك للإدارة. فلا تستطيع الإدارة – وإن كان من حقها تضمين عقودها الإدارية شروطاً استثنائية غير مألوفة – أن تضمّن عقودها الإدارية مثل هذه العقوبات الجزائية حتى ولو قبلها المتعاقد فهي تقع باطلةً لمخالفتها للنظام العام، كما لا يمكن للإدارة أن تنشأ هذه العقوبات بشكل انفرادي.

ولكن توجد حالات استثنائية تسمح بتطبيق مثل هذه العقوبات هي[24]:

1- الإجراءات المتخذة من قبل الإدارة استناداً لسلطتها (الضابطة الإدارية أو السلطة العامة) حيث يمكن أن تفرض الإدارة عقاباً جزائياً على المتعاقد بصفتها إدارةً متعاقدة بل كونها سلطة عامة وتمسُّ هذه العقوبات الجزائية المتعاقد كونه فرداً مثله مثل بقية الأفراد في المجتمع.

[23] أ.د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 559،

[24] أ.د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 560-561.

2- قد يقوم المُشرِّع بتخويل الإدارة بنص صريح، حق تنظيم مرفق يدار عن طريق الالتزام، مع حق وضع عقوبات معينة لمجابهة حالات الإخلال بالقواعد المقررة بمقتضى التنظيم الذي تقرره الإدارة[25].

وأخيراً فإن العقاب الجزائي مستقل عن سلطة الإدارة المستمدة من العقد[26].

[25] انظر المادتين /23 و 24/ من دفتر الشروط العامة الصادر بالمرسوم 450، المتعلقة باتخاذ تدابير الوقاية للأرقام والأعمال والأموال والتدابير الصحية وحفظ النظام والوجائب البلدية.

[26] د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 563.

سلطة إنهاء العقد الإداري

إن للإدارة أخيراً حق إنهاء العمل بالعقد الإداري بإرادتها المنفردة ودون أي خطأ من جانب المتعاقد معها.

فهذا ما يسمى (بالفسخ للمصلحة العامة)، وتتمتع الإدارة بهذا الحق حتى دون وجود نص قانوني أو عقدي يبيح لها استخدامه ويشكل هذا الإنهاء خصيصة هامة تنفرد بها العقود الإدارية، حيث يحق للإدارة أن تقرر فسخ عقدها الإداري إذا وجدت أنه أصبح غير مفيداً ولا يلبي احتياجات المصلحة العامة، وهذا الأمر يخضع للسلطة التقديرية للإدارة بحسبانها المسؤول الأول والأخير عن حسن سير المرفق العام موضوع العقد وترجيح المصلحة العامة على المصلحة الخاصة.

وليس للطرف المتعاقد في مثل هذه الحالة سوى المطالبة بالتعويض عما لحقه من أضرار ويجب على المتعاقد هنا أن يثبت حصول الضرر من جراء إنهاء العقد وإلا فلا مجال للتعويض.

واتخاذ الإدارة لمثل هكذا قرار يحتاج إلى تسبيب وتعليل من قبلها حيث يخضع قرارها بالفسخ لرقابة القاضي الإداري.

وتجب الإشارة إلى أن التعويض المستحق في هذه الحالة هو التعويض الكامل الذي يغطي جميع ما لحق المتعاقد من خسارة وما فاته من ربح إلا أنَّ القانون السوري قد نص صراحة على أن التعويض في مثل هذه الحالة يحسب على أساس التعويض العادل أي على أساس الخسارة فقط دون حساب الربح الفائت (الفقرة ج من المادة 60) القانون 51/ 2004.

وقد ينظم العقد ذاته مقدار التعويض المستحق للمتعاقد عند إنهاء عقده، وفي هذه الحالة يجب إعمال شروط العقد حتى لو تضمنت حرمان المتعاقدين أي تعويض، أما إذا لم ينظم العقد ذلك فإن القاضي هو الذي يقرر التعويض[27].

[27] د. محمد الحسين، د. مهند نوح، القانون الإداري، المرجع السابق، ص 377 – 378.

تمارين:

السؤال: وفقاً لإحكام قانون العقود في سورية سلطة الإدارة في تعديل العقد:

1. مطلقة.
2. محددة بنسب معنية.
3. لا يحق لها التعديل.
4. جميع الخيارات غير صحيحة.

الإجابة الصحيحة رقم 2.

السؤال: وفقاً لأحكام قانون العقود في سورية تفرض غرامات التأخير:

1. دون إنذار.
2. بنسب محددة في العقد.
3. لو لم يلحق بالإدارة أي حذر.
4. جميع الخيارات صحيحة.

الإجابة الصحيحة رقم 4

الوحدة التعليمية السادسة

حقوق المتعاقد في مواجهة الإدارة

الكلمات المفتاحية:

متعاقد – مقابل مالي – متعاقد ثانوي – متعاقد من الباطن – سلفة – تعويض.

الملخص:

تتضمن هذه الوحدة ما يتمتع به المتعاقد من حقوق بمواجهة الإدارة لناحية الحصول على المقابل المالي والسلفة والتزام الإدارة بما يحدده العقد من التزامات على عاتقها.

الأهداف التعليمية:

في نهاية هذه الوحدة التعليمية يجب أن يكون الطالب قادراً على معرفة:

ما يتمتع به المتعاقد مع الإدارة بحقوق بمواجهتها.

مقدمة:

عند إبرام الإدارة لعقد إداري مع شخص ما، ينشأ عن هذا العقد التزامات وحقوق لكل منهما في مواجهة الآخر، حيث لما كان للإدارة سلطات وامتيازات خطيرة في مجال العقود الإدارية، كان لابد من وجود ثقل ما يحقق التوازن في مواجهة هذه السُلطات، فكانت حقوق المتعاقد مع الإدارة. هذه الحقوق قللت إلى حدٍّ كبير من مفعول سلطات الإدارة الخطيرة، وأثرها في جعل الأفراد يَحجمون عن التعاقد معها.

والحقوق التي يتمتَّع بها المتعاقد مع الإدارة، تتمثل في حقهِ في أن تحترم الإدارة التزاماتها التعاقدية، وحقه في الحصول على المقابل المالي المتفق عليه في العقد بالإضافة إلى حقه في احترام وتطبيق الإدارة لمبدأ التوازن المالي للعقد ومبدأ التعويض بلا خطأ.

حق المتعاقد في احترام الإدارة لالتزاماتها التعاقدية

يولِّد العقد الإداري بعد إبرامه التزامات على عاتق الإدارة يترتَّب على مخالفتها جزاءات، من حق المتعاقد مع الإدارة المطالبة بتوقيعها عليها فما هو مدى التزام الإدارة بالعقد الإداري؟ وما جزاء مخالفتها لالتزاماتها العقدية؟

أ- مدى التزام الإدارة بالعقد الإداري.



صحيح أن للإدارة سلطات وامتيازات تستطيع بواسطتها تعديل بعض شروط العقد الإداري والتحكم في التزاماته التعاقدية زيادةً ونقصاناً ولكن ذلك لا يدفعنا إلى القول بأن العقد الإداري غير ملزم للإدارة، وإلا نكون قد أهدرنا فكرة العقد الإداري من أساسها. فالعقد الإداري مُلزم لطرفيه (الإدارة والمتعاقد معها) بما يتفق مع طبيعة الروابط الإدارية فسلطة الإدارة غير مُطلقة في التحلل من التزاماتها التعاقدية، وإنما محدودة لا تمارَس إلا إذا توافرت شروطٌ معينة وبقصدِ تحقيق أهدافٍ محددة[1]، فهذه السلطة الخطيرة لم يُسلَّم بها إلا في سبيل تحقيق المصلحة العامة سواء في فرنسا أو مصر أو سورية.

ومما سبق على الإدارة أن تنفذ العقدَ بمجرد إبرامهِ من السلطة المختصة، فلا يحق للإدارة فسخ العقد لمجرد التحلل مما يفرضه عليها من التزامات، كما يجب عليها احترام كافة الشروط الواردة في العقد عند تنفيذه، وليس ما يتعلق بالالتزامات الأصلية فقط وإنما كافة الالتزامات، كشرطِ عدم المنافسة، إلا إذا تغيرت الظروف وتطلبت مقتضيات الصالح العام خروج الإدارة على هذا الشرط، "كما في حالة تغير الوسيلة الفنية في إشباع الخدمة العامة كاستعمال الكهرباء في الإضاءة بدل الغاز". أو إذا لم يقم المتعاقد بتنفيذ ما عليه من التزامات حيث يجوز للإدارة هنا الترخيص لإقامة منشآت مماثلة بالتعاقد مع أشخاص آخرين.[2]

[1]- د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، ط 5. مطبعة جامعة عين شمس، 1991، ص 566 وما بعدها.

[2]- نفس المرجع، ص 567 وما بعدها.

كما يجب على الإدارة أن تقوم بتنفيذ التزاماتها العقدية بشكل سليم وبالتالي عليها احترام مقتضيات حسن النية، وهذا ما أكدت عليه المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر في 20\4\ 1957 حيث قالت: (إن العقود تخضع لأصلٍ عام من أصول القانون يقضي بأن يكون تنفيذها بطريقةٍ تتفق مع ما يوجبه حسن النية وهذا الأصل يطبق في العقود الإدارية....)

كما أن الأصل أن تنفذ الإدارة العقد بأكمله وأن تسمح للمتعاقد معها أن ينفذ التزاماته بتمامها فلا يجوز للإدارة بغير خطأ أو تقصير من المتعاقد أن تسحب جزءاً من العملية المتعهد بها إلى متعهدٍ آخر أو أن تنفذ العمل بنفسها فتحول بذلك بين المتعاقد وبين تنفيذ التزاماته العقدية.

كما لا يحق لها وقف تنفيذ العقد دون سبب هام يتعلق بالصالح العام فترفض تسلم باقي البضائع المتفق على توريدها أو توقف العمل في المشروع المتفق على تنفيذه.[3]

كما تلتزم الإدارة باحترام المدد المقررة في العقد حيث قرر القضاء الإداري السوري بعدم جواز تسبب الإدارة بفعلها بإطالة مدة تنفيذ العقد وقرر التعويض للمتعاقد عن الأضرار الفعلية التي تصيب المتعاقد بسبب توقف الأعمال بتقصير من الإدارة.[4]

والحالة السابقة أي عندما ينص العقد صراحةً على أن المدة ملزمة للإدارة كما هي ملزمة للمتعاقد معها لا صعوبة فيها حيث يتعيّن على الإدارة احترام تلك المدة. ولكن قد يرد شرط المدة عاماً أو يأتي العقد خالياً من تحديد مدة للتنفيذ وهنا فقد قرر مجلس الدولة الفرنسي أنه توجد مدد معقولة لتنفيذ العقد يجب على الإدارة احترامها وبالتالي ليس لها إطالة مدة التنفيذ بفعلٍ منها إلى ما يجاوز الحد المعقول دون أن تعرض نفسها للمسؤولية.

"ويحدد مجلس الدولة الفرنسي المدة المعقولة للتنفيذ بمراعاة ظروف العمل المطلوب تنفيذه ومدى كفاية الشركة المتعاقدة أو المقاولة"

وهذا المبدأ واجبُ الاحترام بالنسبة للمدة الإجمالية لتنفيذ العقد وللمدد المخصصة للالتزامات الجزئية الواردة في العقد. ومثال ذلك احترام الإدارة للمدد المحددة لتسديد الثمن بالنسبة لما ينفذ من الأعمال أو ما يورد من البضائع.[5]

[3]– نفس المرجع، ص 568 وما بعدها.

[4]– د. محمد الحسين ود. مهند نوح، القانون الإداري عمال الإدارة العامة وتصرفاتها القانونية، منشورات جامعة دمشق، دمشق، 2010 – 2011، ص 351.

[5]– مرجع سابق، ص 570 وما بعدها.

وعلى الإدارة أيضاً احترام العقد ككل، فيجب ألا تقوم بأي عمل يتعارض مع صفتها كمتعاقدة أو يعرّض المتعاقد معها لأعباء ومتاعب في تنفيذه لالتزاماته العقدية. وهذا ما أكّد عليه مجلس الدولة الفرنسي حيث حكم بمسؤوليةِ جهة الإدارة المتعاقدة التي لجأت إلى نزع ملكية الأراضي مما ترتَّب عليه المساس بحقوق المتعاقد معها، وبمسؤولية الدولة إذا أنشأت حديقة عامة وترتَّب على هذا الإنشاء الحد من حقِّ الصيد الممنوح لشركةٍ ما.[6]

فإذا لجأت الإدارة إلى مخالفة التزاماتها التعاقدية فإن للمتعاقد معها أن يطرق باب القضاء ويطلب إعمال المؤيدات القانونية في مواجهتها وهذا ما سنذكره في الفرع الثاني.

ب-جزاء مخالفة الإدارة لالتزاماتها العقدية.

إن الجزاءات التي يمكن أن توقع على الإدارة ليست كالجزاءات التي توقع على الأفراد فهي لا تشمل الجزاءات الجنائية، ولا يمكن للمتعاقد أن يوقع الجزاء بنفسه على الإدارة وانما عليه سلوك طريق التقاضي وليس



باستطاعته أن يدفع بعدم التنفيذ وبالتالي لا يستطيع الامتناع عن تنفيذ التزاماته بحجة أن الإدارة قد قصرت في تنفيذ التزاماته إلا إذا ترتب على تقصير الإدارة استحالة التنفيذ.

حيث أن قاعدة سير المرافق العامة بانتظام واطّراد، تأبى أن يعطّل المتعاقد أداء الخدمة لسبب من الأسباب مادام بإمكانه أداءها.

وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي هذه القاعدة حيث ورد في أحد أحكامه بأنه "إذا رفع المقاول دعوى فسخ العقد فإنه لا يستطيع أن يوقف العمل انتظاراً للفصل بالدعوى" "ولا أن يستند إلى تأخر الإدارة في دفع المقابل لكي يوقف العمل".

وبما أن القضاء الإداري لا يستطيع توجيه أوامر إلى الإدارة تطبيقاً للقاعدة التي تحكم العلاقة بين القضاء الإداري والإدارة العاملة سواء بطريق مباشر أو غير مباشر عن طريق التهديدات المالية المعروفة في القانون الخاص. فقد عمد إلى تخيير الإدارة المقصّرة بين الوفاء بالتزاماتها وبين دفع التعويض المحكوم به، كما يملك القاضي إلغاء القرارات غير المشروعة والصادرة من

[6]- نفس المرجع، ص 571.

الإدارة بمناسبة تنفيذ العقد ويستطيع أن يحكم بالتعويض المناسب (وهذا هو المسلك الأصيل للقضاء الإداري في حال مخالفة الإدارة لالتزاماتها)، وهذا التعويض يقدّر وفق الأسس المدنية حيث أنها تمثّل القواعد العامة فيُقدَّر التعويض وفقاً لدرجة الضرر لا الخطأ بالإضافة إلى الأخذ بعين الاعتبار دور كل من الطرفين في ارتكاب الخطأ، بحيث إذا كان مشتركاً تحمَّل كل من الطرفين نصيبه. [7]

وأخطر ما يمكن أن تتعرض له الإدارة في حال مخالفتها لالتزاماتها هو فسخ العقد الإداري نتيجة خطأٍ منها بناءً على طلب المتعاقد معها وهذا الفسخ يخضع للأحكام الآتية:

أولاً– الأسباب المبررة للفسخ:

كون الفسخ جزاءً خطيراً فالقاضي الإداري لا يحكم به إلا لخطأٍ جسيمٍ ترتكبه الإدارة، لأنه كما ذكرنا أن الجزاء الأصيل في مجال مسؤولية الإدارة التعاقدية هو التعويض.

فعدول الإدارة دون سببٍ معقول عن المشروع موضوع التعاقد يعد مبرراً للفسخ، وكذلك تأخر الإدارة تأخراً كبيراً في البدء في تنفيذ العقد وأيضاً وقف الإدارة للأعمال موضوع العقد مدداً طويلة دون مبرر معقول.

كل الحالات السابقة قد قبلها مجلس الدولة الفرنسي كأسبابٍ مبررةً للفسخ ولكنه يرفض الفسخ عادةً إذا تأخرت الإدارة في دفع المبالغ المستحقة للمتعاقد معها عما يكون قد نفذه من العقد ويكتفي هنا بالتعويض والحكم بفوائد المبالغ التي تؤخر الإدارة دفعها.

ثانياً– يتعين على المتعاقد في فرنسا أن يلجأ إلى الإدارة أولاً قبل أن يرفع دعواه بفسخ العقد، إما على أساسِ نصٍ في العقد أو على أساس قاعدةِ القرار الإداري المُسبق التي تعتبر من أسس التقاضي التي يقوم عليها قضاء التعويض في فرنسا.

أما في مصر فالمتعاقد غير ملزم قبل رفع دعواه أن يتوجه إلى الإدارة على أساس القاعدة السابقة (القرار الإداري المسبق)[8]، ولكنه ملزم بإعذار الإدارة قبل رفع الدعوى. أما في سوريا

[7]– نفس المرجع، ص 572 وما بعدها.

[8]– نفس المرجع، ص 577.

فالأصل أن المتعاقد ملزم بأن يتظلّم للإدارة أولاً قبل أن يرفع دعوى التعويض[9]، ماعدا الدعاوى المتعلقة بشؤون العاملين في الدولة.[10]

ثالثاً– يترتب على الحكم بالفسخ ما يلي:

1– نهاية العقد: ويرتد أثر الحكم بهذا الخصوص إلى تاريخ رفع الدعوى مع استمرار المتعاقد طالب الفسخ بتنفيذ التزاماته.

2– استحقاق المتعاقد للتعويض: والتعويض هنا كامل يغطي كافة ما يلحق بالمتعاقد من خسارة وما يفوته من كسب بسبب الفسخ، مع مراعاة ما يكون المتعاقد قد نفذه في المدة ما بين رفع الدعوى وما بين صدور الحكم بالفسخ. ويقدَّر التعويض بتاريخ نطق القاضي بالحكم.

كما قد يُحكم بفوائد التأخير بالإضافة إلى التعويض إذا كان المبلغ المحكوم به معيَّن المقدار وقت الطلب وأن يتأخر المُدين في الوفاء به في الميعاد المحدد بغض النظر عن تضرر الدائن من جراء هذا التأخير ويجب أن يكون العرض (وفاء الدين) خالياً من أي قيدٍ أو شرطٍ لا يستلزمه الدَّين المعروض فإن كان العرض معلق على شرط تعسُّفي فإن من حقَّ الدائن أن يمتنع عن قبول الوفاء ولا يستطيع المُدين عندها حمل الدائن على قبوله إذ يترتب على هذا الشرط اعتبار العرض غير قائم. [11]

[9]– د. محمد العموري، محاضرة خاصة بطلاب الماجستير، العقود الإدارية، الجهاز المركزي للرقابة المالية، دمشق، 2013/6/18.

[10]– الجمهورية العربية السورية، مرسوم تشريعي (إحداث المحاكم المسلكية)، رقم 7، عام 1990، مادة 36.

[11]– نفس المرجع، ص 576 وما بعدها

الحصول على المقابل المالي

يعد هذا الحق أهم حقوق المتعاقد على الإطلاق[12]، فلا يجب أن يغيب عن ذهننا أن المتعاقد مع الإدارة إنسانٌ يسعى إلى تحقيق الربح، وبالتالي على الإدارة الالتزام بتقديم المقابل المالي للمتعاقد معها مقابل ما قام به من التزامات وهذا المقابل المالي له نوعان وذلك حسب نوع الخدمة التي يلتزم المتعاقد بتقديمها:

- فإذا كان المتعاقد يؤدي الخدمة للإدارة مباشرةً فإن الإدارة تلتزم بتقديم المقابل المالي ويتخذ المقابل في هذه الحالة صوراً مختلفة حسب طبيعة العقد فهو ثمنٌ في عقود التوريد والأشغال، ومرتَّبٌ في عقود التوظيف، وفائدةٌ في عقود القروض.
- أما إذا كان المتعاقد يؤدي الخدمة للجمهور مباشرةً فإنه يحصل على المقابل المالي في صورة رسومٍ يتقاضاها من المنتفعين كما في عقود الالتزام والامتياز.

وقد يصحب المقابل الماليّ الأصليّ (الثمن أو الرسم) مزايا ماليةٍ أخرى كضمان حدٍّ أدنى من الربح، أو التزام الإدارة بإقراض المتعاقد مبالغٍ في حدود معينة، أو ضمانه لدى البنوك في الحصول على بعض القروض.... إلخ، وكل هذه المزايا تعد بمثابة مقابلٍ ماليّ للمتعاقد وتلتزم الإدارة بالوفاء بها.

ومما هو معلوم أن الشروط التي تحكم المقابل المالي في العقد هي شروطٌ تعاقدية لا تستطيع الإدارة أن تمسها بالتعديل دون موافقة الطرف الآخر.

ولكن الشروط المتعلقة بتحديد الرسم في عقود الالتزام والامتياز هي شروطٌ لائحية وليست تعاقدية وبالتالي تستطيع الإدارة تعديلها بإرادتها المنفردة دون رضاء المتعاقد معها.

والذي يعطي للشروط التعاقدية الحصانة من التعديل في مواجهة الإدارة اعتباران هما:

- اعتبارٌ عملي وهو إحجام الأفراد عن التعاقد مع الإدارة فيما لو أمكنها أن تعدل هذه الشروط رغم إرادة المتعاقد.
- اعتبارٌ قانوني ومرده أساس حق الإدارة في التعديل، فسلطة التعديل تستند إلى مقتضيات سير المرافق العامة وبالتالي فإن هذه السلطة لا تنصب إلا على الشروط التي تتعلق بتسيير المرافق العامة وليس من بينها تلك التي تحدد المقابل النقدي في العقد. ولذلك

[12]– د. عبد الله طلبة، مبادئ القانون الإداري (الجزء الثاني)، منشورات جامعة دمشق، دمشق، 2008 – 2009، ص 339.

فإن استقرار تلك الشروط عامٌ وواسع المدى حيث يشمل كل شرطٍ يضمن فائدةً اقتصاديةً للمتعاقد، كالضمانات والقروض ومدة العقد وطريقة الدفع والتسهيلات في التنفيذ وضمان عدم المنافسة.... إلخ.[13]

وبناءً على ما سبق سندرس كلّاً من الثمن (الفرع الأول) والرسم (لفرع الثاني) أهمُ صورتين من صور المقابل المالي.

أ- الثمن.

الثمن هو المبلغ النقدي الذي يحصل عليه المتعاقد كمقابلٍ لتنفيذه للأداءات المتعاقد عليها مع الإدارة، وهو شرطٌ جوهري في العقد فأي جهالةٍ فيه أو عدم وجوده من شأنه أن يبطل العقد حيث تلتزم الإدارة بدفعه كما هو محدد في العقد.

وقد أكد القضاء الإداري الفرنسي والسوري مبدأ استقرار الثمن وعدم جواز المساس به إلا إذا وقع خطأٌ مادي فيمكن تصحيحه.[14]

والأصل في أن يحدد الثمن باتفاقٍ بين الإدارة والمتعاقد معها سواء بشرط يدرج في صلب العقد أو بمقتضى وثائقٍ مستقلةٍ تلحق بالعقد.

والأصل أيضاً أن يُحدَّد الثمن برقم محدد لكن قد يحدَّد بطريقة الإحالة إلى عناصرٍ خارجةٍ عن العقد كالاتفاق على اتخاذ الأسعار السائدة في وقتٍ محدد أساساً للمحاسبة.[15]

وفي فرنسا توجد عدة أنواع من الثمن فهناك الثمن المؤقت الذي يلجأ إليه في حالة السرعة وعندما لا يكون ممكناً وضع سعرٍ بدائيٍّ نهائيٍّ. كما يوجد الثمن الموحد الذي يطبق على الكميات المُسلَّمة بشكلٍ حقيقي ونهائي، وذلك عندما تكون الكميات غير محددة في العقد. ويوجد أيضاً الثمن الجزافي وذلك حين تكون الأداءات محل العقد محددةً وبالتالي يكون الثمن نهائياً ولا يتغير حسب الكميات المسلمة.

أما في سوريا فيلاحظ تطبيق الثمن الجزافي بشكل أساس بحيث يعيَّن ثمن إجمالي ونهائي وثابت في العقد، كما يطبق بشكلٍ استثنائي الثمن الموحد ويسمى الثمن على أساس الإنتاج ومجاله

[13]- د. الطماوي، مرجع سابق، ص 581 وما بعدها.

[14]- د. محمد الحسين ود. مهند نوح، مرجع سابق، ص 353.

[15]- د. الطماوي، مرجع سابق، ص 586.

الطبيعي عقود الأشغال العامة وذلك عندما لا تكون الإدارة عالمة بالكميات المطلوب تنفيذها فتتعاقد على أساس الوحدة كأن تتعاقد مثلاً على الحفر في موقعٍ معين على أساس وحدة الإنتاج التي تتمثل في هذه الحالة بالمتر المكعب ويكون الثمن هنا هو حاصل الأمتار المكعبة المنفذة فعلاً من قبل المتعاقد.[16]

أما طريقة دفع الثمن فهي تختلف في سوريا تبعاً للعقد، فالدفع في عقود التوريد تختلف عنها في عقود الأشغال.

1- ففي عقود التوريد يجب أن نميز بين العقود الداخلية والخارجية.

أ- في عقود التوريد الداخلية تطبق قاعدة الدفع اللاحق، بحيث لا تُدفع قيمة التوريدات إلا إذا تم تسليمها فعلاً، ويثبت ذلك بمقتضى محضر استلام يبين ذلك ومعتمد من آمر الصرف ومذكرات إدخال التوريدات محل العقد إلى مستودعات الإدارة.[17]

ب-أما في عقود التوريد الخارجية فقد راعى المشرع السوري مقتضيات التجارة الدولية حيث أجاز الدفع عن طريق فتح اعتماداتٍ مستنديةٍ عن طريق أحد البنوك من قبل الإدارة.

2- أما بالنسبة لعقود الأشغال فالمبدأ هو الدفع المرحلي، أي كلما أنجز المتعاقد مرحلة من المشروع يجب أن يتقاضى قيمتها.[18] وقد نص القانون السوري على أن يتم الدفع في عقود الأشغال بموجب كشوف شهرية (الكشوف المؤقتة) تشمل الأعمال المنجزة بصورةٍ نهائيةٍ والغير منجزة نهائياً وتقدر قيمتهما بموجب الأسعار الملحوظة لهما في العقد، مع الأخذ بعين الاعتبار درجة إنجاز الأعمال الغير منجزة نهائياً.[19]

والمبالغ التي تؤديها الإدارة بناءً على تنظيم الكشوف المؤقتة تعد مبالغاً تقديريةً فهي لا تعني موافقة الإدارة على قبولها نهائياً أو تنازلها عن أي حق من حقوقها المنصوص عليه في القانون أو العقد.[20]

[16]- د. محمد الحسين ود. مهند نوح، مرجع سابق، ص 354.

[17]- الجمهورية العربية السورية، المرسوم التشريعي رقم 450 لعام 2004، مادة 12، فقرة ز.

[18]- د. محمد الحسين ود. مهند نوح، مرجع سابق، ص 356.

[19]- مرجع سابق، مادة 36، فقرة أ.

[20]- مرجع سابق، مادة 36، فقرة ج.

وتستمر الإدارة بصرف الكشوف المؤقتة وفقاً لخطة الاستلام المؤقت للمشروع ويجري صرف هذه الكشوف خلال خمسة عشر / 15 / يوماً من تاريخ تقديمها إلى محاسبة الإدارة أو الإدارة المالية المختصة حسب الحال، مستكملةً لوثائقها وشروطها القانونية وكل تأخير بالصرف بعد انقضاء المدة المذكورة غير ناجم عن المتعهد يضاف حكماً لمدة العقد. [21]

كما تلتزم بتنظيم كشفٍ يتضمن الحساب الختامي للمشروع (الكشف النهائي) وذلك خلال ستة أشهر من تاريخ الاستلام المذكور.[22]

والكشف النهائي يعد قطعياً ونهائياً حيث تعد الإدارة قابلة بالحسابات الختامية لأعمال العقد بعد توقيعها على الكشف النهائي.[23]

ولكن توجد طرق أخرى لدفع المقابل المالي في عقود الأشغال وذلك بشكلٍ سابق على تنفيذ أي مرحلة من مراحل الأعمال وذلك في حالتين:

أ- السلفة: حيث يمكن منحها في عقود الأشغال فقط بشرط النص على ذلك في دفتر الشروط الخاصة والإعلان، وألا يتجاوز مقدار السلفة 15% من قيمة العقد وألا يتم دفع السلفة إلا بعد إعطاء أمر المباشرة وتقديم كفالة مصرفية لا تقل عن قيمة السلفة، وقبل أن يبدأ في تنفيذ أي من الأشغال المتعاقد عليها.[24]

ب-الإحضارات: وهي كل المواد اللازمة لإنجاز الأشغال والتي ستُستخدم فوراً ومباشرةً في تنفيذها. وقد أجاز القانون السوري صرف قيمتها حتى قبل البدء في تنفيذ أعمال العقد شرطَ أن تكون كمياتها بنسبة 80% من مجموع ما جُهز منها فعلاً وكان مطابقاً لشروط العقد وتُقدر قيمتها على أساس اعتبار الأقل بين السعر الرائج لهذه الإحضارات عند تقديم الكشف الخاص بها، وبين السعر المقدم لها في العقد.[25]

[21]- مرجع سابق، مادة 36، فقرة هـ.

[22]- مرجع سابق، مادة 37، فقرة أ.

[23]- المحكمة الإدارية العليا السورية، قرار رقم 463، الطعن 301، لعام 1984، مجموعة المبادئ القانونية لعام 1984، ص 472.

[24]- د. محمد الحسين ود. مهند نوح، مرجع سابق، ص 357.

[25]- مرجع سابق، مادة 36، فقرة 3.

ب- الرسم.

وهو عبارة عن القيمة التي يدفعها المنتفع من خدمات المرفق العام إلى المتعاقد المكلَّف بإدارة هذا المرفق بمقتضى عقود التفويض.

وهذه الرسوم تعدُّ حقاً للمفوض إليه يغطي من خلالها تكاليف إنشاء وإدارة المرفق ومصاريف تشغيله مع تحقيق هامشٍ معقول من الربح.

وتعرفة الرسم كما ذكرنا سابقاً تعد من قبيل الشروط التنظيمية للعقد تضعها الإدارة بإرادتها المنفردة وبالتالي يجب أن يتقيد به المفوَّض إليه في كل عقود التفويض. وقد أوضح القانون المدني هذه الناحية في إطار عقود الالتزام تحديداً. [26]

كما توجد قواعد ضابطة لتحديد تعرفة الرسم، فالتعرفة لا يمكن أن تُحدد بالطريق التعاقدي بين الإدارة والمتعاقد معها تحت طائلة البطلان المطلق للعقد.

كما يجب مراعاة مبدأ مساواة المنتفعين أمام المرفق العام محل التفويض بأن تُطبق التعرفة نفسها على كافة المنتفعين من خدمات المرفق العام المفوض ووفقاً لشروط متساوية.[27]

بناءً على ما سبق يتبين لنا أن العقد الإداري ينتج التزاماتاً وحقوقاً على كل من طرفيه، والحقوق العائدة للمتعاقد مع الإدارة متنوعة ومتفاوتة في الأهمية من ناحية إيجاد التوازن مع سلطات الإدارة وامتيازاتها التي تسمح لها إلى حدٍ كبير التعديل في العقدِ الإداري.

[26]- حيث نصت المادة 637 على ما يلي: يكون لتعريفات الأسعار التي قررتها السلطة العامة قوة القانون بالنسبة إلى العقود التي يبرمها الملتزم مع عملائه فلا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على ما يخالفها.

[27]- د. محمد الحسين ود. مهند نوح، مرجع سابق، ص 359.

تمارين:

وفقاً لأحكام قانون العقود في سورية للمتعاقد أن يحصل على سلفة:

1 – بنسبة 15%.

2 – بنسبة 10%.

3 – بنسبة 25%.

4 – بنسبة 30%.

الإجابة الصحيحة رقم 1

الوحدة التعليمية السابعة

إعادة التوازن المالي للعقد

الكلمات المفتاحية:

توازن – شروط – نظرية – الظروف الطارئة – فعل الأمير – القوة القاهرة – تعويض – نسخ.

الملخص:

تتضمن هذه الوحدة مايتمتع به المتعاقد من حق إعادة التوازن المالي للعقد الإداري إذا ما اختل هذه التوازن لظروف تواجه المتعاقد أثناء تنفيذ العقد لا بد له بها.

الأهداف التعليمية:

في نهاية هذه الوحدة التعليمية يجب أن يكون الطالب قادراً على معرفة:

حق المتعاقد في إعادة التوازن المالي للعقد إذا ما تحققت شرط الظروف الطارئة أو فعل الأمير – أو الصعوبات غير المتوقعة.

تعريف بإعادة التوازن المالي للعقد

قد يتعرض المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ العقد لتدخل الإدارة التي تملك زيادة التزاماته أو إنقاصها، وقد يصادف المتعاقد أيضاً عند تنفيذ العقد ظروف استثنائية، وأمور لم تكن في الحسبان، وصعوبات غير منظورة لم يكن يتوقعها، أو قد يتعرض لمخاطر إدارية أو اقتصادية، ينشأ عنها زيادة التزاماته وبالتالي زيادة أعبائه المالية زيادةً يختل معها التوازن المالي للعقد، ويصاب المتعاقد بخسارة محققة، فيكون من حقه على الإدارة ألا يتحمل وحده كل الغرم، وأن تساهم معه الإدارة بقدر معين، فتعوضه تعويضاً عادلاً عمّا يصيبه من أضرار، ولو لم يكن هناك خطأ من جانب الإدارة التي تعاقد معها، تأسيساً على أنه ليس من العدل والأنصاف، وحسن النية في المعاملات أن يترك المتعاقد وحده ضحيةً لظروفٍ لا دخل له فيها. كما أن إيثار ضرورات المرفق العام على المصالح الخاصة للمتعاقد مع الإدارة ليس معناه التضحية بهذه المصالح بحيث يتحمل المتعاقد وحده عبء جميع هذه الأضرار.

لما كانت التزامات المتعاقد ضمن هذا الإطار تتسم بالمرونة، فإنه من الضروري إذاً إضفاء هذه الصفة على حقوق المتعاقد المستمدة من العقد أيضاً، وذلك نظراً للعلاقة الوثيقة بين التزامات المتعاقد، وحقوقه. فالمتعاقد إنما يقبل أن يلتزم لأنه يضع نصب عينيه حقوقاً معينة يُعوِّل عليها. ومادامت التزاماته قابلةً للزيادة أو للنقص، فيجب أيضاً أن يكون هذا هو شأن الحقوق المقابلة لها، فالعلاقة طردية بينها. وهذا ما يعبر عنه بالتوازن الشريف بين حقوق الملتزم، والتزاماته، أو بفكرة التوازن المالي للعقد الإداري. فالإدارة تلتزم بضمان التوازن المالي للعقد في كل حالة يختل فيها سواءً أكان ذلك بفعل الإدارة، أو بفعل أمرٍ خارج عن إرادتها.

فكرة التوازن المالي

إنَّ فكرة التوازن المالي للعقد ظهرت أول مرة بمناسبة تدخل الإدارة في عقود الامتياز عام 1910 [1]، ففي تقرير مُفوّض الدولة ليون بلوم في قضية الشركة الفرنسية العامة للترام أوضح أنه إذا انهار الاقتصاد المالي للعقد، وإذا أدى ممارسة السلطة مانحة الالتزام حقها في التدخل إلى حدوث شيء من الاختلال في التوازن بين الحقوق والأعباء، فليس ما يمنع الملتزم من اللجوء إلى قاضي العقد فيثبت إن التدخل – وإن كان مشروعاً – سبّب ضرراً له يتعين تعويضه عنه.

إنَّ فكرة التوازن المالي، تستهدف الإبقاء على طبيعة العقد كما روعي عند التعاقد، ومعاملته كظاهرة طبيعية، فالإدارة عليها أن تحفظ التوازن الاقتصادي للعقد إبقاءً على طبيعته، وعلى خواصه الأصلية. ولا تعني هذه الفكرة التوازن الحسابي بوضع نسبةٍ حسابيةٍ صارمة بين الحقوق والالتزامات[2]، ولكنها تعني التوازن الشريف بينها.

يُرجِع كثيرٌ من الفقهاء أساس فكرة التوازن المالي للعقد إلى النية المشتركة للطرفين المتعاقدين كما أن كثيراً من أحكام مجلس الدولة الفرنسي تشير إلى فكرة النية المشتركة للمتعاقدين في هذا الصدد ([3])، ولكن هذا لا يصدق إلا في حالة النص صراحةً في العقد على ضمان الإدارة للتوازن المالي، وحينئذ، نكون أمام تفسير شروط العقد ([4]).

[1] للمزيد من التفاصيل راجع رسالة الدكتوراه للدكتور ثروت البدوي بالفرنسية وعنوانها: Le fait du prince dans les contrats administratifs – ص205مشارإليه عند د.سليمان الطماوي–المرجع السابق– ص615

[2] الفقيه بيكينو رد فكرة التوازن المالي للعقد إلى معادلة حسابية – مشار إليه عند د.سليمان الطماوي – المرجع السابق– ص613–614

[3] للمزيد من التفاصيل راجع رسالة الدكتوراه للدكتور ثروت البدوي بالفرنسية وعنوانها: Le fait du prince dans les contrats administratifs – ص205مشارإليه عند د.سليمان الطماوي–المرجع السابق– ص615

[4] حكم المجلس الصادر في 10/4/ 1935 في قضية مدينة تولوز – مجلة القانون العام– المجموعة1935– ص783–لمزيد من التفاصيل انظر الرابط الالكتروني: sciencesjuridique.ahamontada.net/t709-topic بتاريخ2009/12/9 من قبل المستشار نجيمي جمال– منتدى الأوراس القانوني

أما في غير حالة النص صراحةً في العقد على ضمان الإدارة لتوازنه المالي أو الاقتصادي، فإن مرجع هذه الفكرة إلى العدالة، وصالح المرفق العام، لأن للإدارة الحق في تعديل التزامات المتعاقد بالزيادة أو بالنقص، فيكون من العدالة تعويض المتعاقد عن كل ضررٍ يناله من جراء تدخل الإدارة، واستعمالها لسلطتها تلك. ومن ناحية أخرى فإن هذا الحق مقرر لصالح المرفق العام لأنه يمكن المتعاقد من الوفاء بالتزاماته، ويشجع الأفراد على التعاقد مع الإدارة.

وإذا أصبحت فكرة التوازن المالي مسلماً فيها، فإن الصعوبة تكمن في تحديد مدلولها، وشروط تطبيقها. لذا كان لا بد من دراسة حالات التعويض التي جرى القضاء الإداري على التسليم فيها، والتي هي حالات ثلاث يُمنح فيها تعويضاً للمتعاقد عما يلحقه من ضرر أثناء تنفيذ العقد، هذه الحالات تجسدت كنظريات في القانون الإداري، وهي:

- نظرية فعل الأمير (الفرع الأول).
- نظرية الظروف الطارئة (الفرع الثاني).
- نظرية الصعوبات المادية الاستثنائية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: نظرية فعل الأمير.



هذه النظرية من النظريات القضائية الأصل التي صنعها مجلس الدولة الفرنسي، وأخذها عنه القضاء الإداري في دول عدة، ومنها القضاء الإداري في مصر، وسورية.

لقد جاءت النظرية كخلاصة لما تقدم به مُفوّض الدولة الفرنسي ليون بلوم أمام مجلس الدولة سنة 1910 حيث قال: إذا انقلب التوازن المالي للعقد نتيجة تدخل السلطات العامة، وذلك عن طريق حقها في التعديل للمتعاقد المتضرر الحق بطلب التعويض من قاضي العقد، لكن يجب أن يثبت وقوع الضرر بالرغم من شرعية القرار المتخذ، ومتابعة تنفيذ العقد بالرغم من كل الصعوبات.

أولاً – مضمون النظرية:



إن كل إجراء أو تدبير يصدر عن الإدارة دون خطأ، ودون إن يكون متوقعاً لحظة إبرام العقد، ويكون من شأنه أن يزيد الأعباء المادية للمتعاقد معها، أو في الالتزامات التي ينص عليها العقد، سواءً أخذت هذه الإجراءات شكل قرار فردي أو شكل قاعدة قانونية عامة تؤثر في العقد تأثيراً مباشراً، أو غير مباشر، فتجعل من تنفيذه مرهقاً، يترتب عليه حق المتعاقد في التعويض الكامل بما

يعيد التوازن إلى العقد([5]).

إنَّ فعل الأمير عمل مشروع صادر عن جهة عامة يمس نصوص العقد، ويجعل تنفيذها مرهقاً، وقد يكون فعل الأمير سلبياً بامتناع الإدارة عن تطبيق القوانين واللوائح التي يتعين تطبيقها، إذا ترتب على هذا الامتناع أعباءً جديدةً على المتعاقد، كأن تلغي إجراء عام كان المتعاقد يُعّول عليه عند إبرام العقد، كأن تقصر الإدارة المتعاقدة مثلاً في تنفيذ ما تقضي به اللوائح المحلية من تزويد المنازل بحاويات جمع القمامة التي تساعد المُتعّهد في جمع المخلفات، فيؤثر ذلك على تنفيذ التزاماته ويحمله أعباءً أضافيةً([6]).

ثانياً – نطاق تطبيق نظرية فعل الأمير:

إنَّ فعل الأمير يتخذ طابعاً عاماً، أو خاصاً، وقد يؤثر تأثيراً مباشراً على شروط العقد، أو قد يؤثر على ظروف تنفيذه، فيجعله أكثر مشقةً على المتعاقد.

أ – الإجراءات الخاصة التي تصدر عن الإدارة:



للإدارة حق الإشراف، والرقابة والتوجيه، ولها أيضا حق تعديل العقد أثناء تنفيذه فتصدر قراراً من شأنه زيادة التزامات المتعاقد معها، أو إنقاصها، على أن تحترم الإدارة شروط التعديل، وقيوده، أما إذا خرجت عليها، فإن تعديلها ينطوي عندئذٍ على خطأ تعاقدي. هذه الإجراءات تؤثر في شروط العقد، أو قد تؤثر على ظروف تنفيذ العقد، بما يؤدي إلى تحميل المتعاقد أعباءً جديدةً لم تكن

[5] راجع حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم 133 في الطعن 195 لسنة 1974 –المجموعة1974– ص269–345

[6])– مجلة القانون العام –مجموعة1925– Ville de Dieepe حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في1924/12/13 في قضية (
ص65–لمزيد من التفاصيل انظرالرابط السابق

متوقعة وقت التعاقد، وفي الحالتين يجب أن يُعَوّض المتعاقد تعويضاً كاملاً. ومثال ذلك:الأمر الصادر من الإدارة إلى الشركة المتعاقدة بنقل أسلاك الكهرباء إلى مكان آخر بداعي المحافظة على سلامة المواطنين([7]).

إلا أنه ثمة حالات تندرج تحت إطار الإجراءات الخاصة الصادرة عن الإدارة، ومع ذلك لم يمنح مجلس الدولة الفرنسي تعويضاً عنها، ومثال ذلك:

1- تعاقد الإدارة مع أفراد على أساس أن تضع تحت تصرفهم مساجين، فإذا حدث وسحبت الإدارة بعضهم، بأن قامت بنقلهم إلى سجن آخر، مما أنقص عددهم إلى حد كبير، فإنه لا يحق للمتعاقد المطالبة بالتعويض عن ذلك وفق نظرية الأمير ([8])، وعدم التعويض هنا يُرد إلى أن المتعاقد يعلم سلفًا أنَّ عدد المحبوسين قابل للزيادة، والنقصان في جميع الحالات، وإن الإدارة لا يمكن أن تضمن عدداً محدداً، وبالتالي فإن إجراء الإدارة هنا متوقع.

2- إذا كان الضرر الذي أصاب المتعاقد يرجع إلى ارتفاع في الأسعار نتيجة تدخل الإدارة في السوق، وشرائها كميات كبيرة من المواد، أو البضائع موضوع التعاقد، أو تنفيذها لأعمال جديدة في منطقة مجاورة للمنطقة التي يقوم المتعاقد بتنفيذ التزامه فيها، فتدفع أجور أعلى من تلك التي تعاقدت عليها في العقد الأول ([9])، وعدم التعويض هنا يرجع إلى أن الضرر الذي أصاب المتعاقد غير مباشر, والإدارة هنا تدخلت كمتعاقد عادي آخر، وليس كسلطة عامة.

ب - الإجراءات العامة التي تصدر عن الإدارة:

إذ قد تصدر قوانين، أو لوائح من جانب الإدارة يكون من شأنها زيادة أعباء المتعاقد مع الإدارة. هذه الإجراءات قد تؤدي إلى تعديل شروط العقد، فتغير من فحواه، أو تنهيه قبل

[7] راجع في التفاصيل رسالة الدكتور ثروت البدوي- المرجع السابق- ص167ومابعدها. وراجع مطول دي لوبادير في العقود- الجزء الثالث- هامش ص58- مشارإليه عند د.سليمان الطماوي- المرجع السابق-ص632

[8]) في قضية Mistral حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 3 /1903/4في قضية Mistral /12/26 وحكمه في 305 –ص1903 –المجموعة)- المجموعة 1903- ص305 –وحكمه في 12/26/ Mistral حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 3 /1903/4في قضية (

(في قضية 1951Durand et Poitevinالرابط السابق انظر التفاصيل من لمزيد–617ص –1951 المجموعة -)

[9]) في قضية 1951/11/30 حكم مجلس الدولة الفرنسي في Habre et Massari– 524ص 1952 سنة– مجلة القانون العام -)

(في قضية 1901/3/ 8 وحكم المجلس في Prevet انظر التفاصيل من لمزيد–73ص –الثالث القسم –1901 سنة سيري مجموعة -) الرابط السابق

أوانه، وبغض النظر عن مشروعية هذه التشريعات، فإنه من المستقر تعويض المتعاقد على أساس نظرية فعل الأمير ([10]). ومثال هذه الإجراءات:

1- صدور مرسوم يقضي بحل الفرق التي ينتمي إليها المتطوعين، فهنا يجب تعويضهم نتيجة إلغاء عقودهم بموجب هذا المرسوم ([11]).

2- صدور مرسوم يقضي بخفض نفقات الدولة في جميع الميادين بنسبة 20%، هذا يؤدي إلى خفض المقابل الذي تدفعه الدولة مثلاً إلى شركة متعاقدة تتولى مرفق السكك الحديدية مثلاً، فهنا أيضاً يتم تعويض الشركة عما أصابها من ضرر ([12]).

كما قد تؤثر الإجراءات العامة في ظروف تنفيذ العقد، فتجعل من تنفيذه مرهقاً، وفي هذه الحالة لا تعوض الأضرار التي يتحملها المتعاقد إلا في أضيق الحدود. فالقاعدة هنا رفض التعويض، والاستثناء هو دفع التعويض. ومن أمثلة الإجراءات التي رفض معها دفع التعويض:

1- التشريعات التي تصدر بفرض ضرائب جديدة ذات طابع عام، أو زيادتها([13]).

2- التشريعات التي تصدر بتخفيض قيمة النقد ([14]).

3- التشريعات التي تستهدف تحسين أحوال العمال والعمل، كتشريعات زيادة الأجور، أو منح إجازات مأجورة للعمال([15]).

[10] د.سليمان الطماوي- المرجع السابق- ص640

[11] (في قضية 1909/11/19 حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في Zeilabadine- القسم الثالث- 1910 سنة- مجموعة سيري -)
ص10- لمزيد من التفاصيل انظرالرابط السابق

[12] (في قضية 1940/4/28 حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في Chemins de fer de l,Ouest- مجلة القانون العام -)
سنة1940- ص58 - لمزيد من التفاصيل انظرالرابط السابق

[13] (في قضية 1944/4/5 حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في Jourdn لمزيد من التفاصيل - ص402 -1944 المجموعة -)
انظرالرابط السابق

[14] فتوى قسم الرأي مجتمعاً في مجلس الدولة المصري رقم 360 الصادرة في 17 يوليو سنة1954 - مجموعة فتاوى المجلس السنة
(في قضية 1942/2/10 حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في - 46الثامنة ونصف التاسعة صAurran -1942المجموعة -)
ص36 لمزيد من التفاصيل انظرالرابط السابق

[15] فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشاري لمجلس الدولة المصري في 10 فبراير سنة 1965- مجموعة فتاوى المجلس السنة التاسعة
(في قضية 1936/11/14 حكم مجلس الدولة الفرنسي في - 309صVille de Paris القسم - 1936 مجموعة سيري سنة -)

ويرجع عدم التعويض هنا إلى عمومية الإجراءات الصادرة من السلطة العامة، فالمتعاقد غير مقصود بذاته بهذه الإجراءات العامة، فهي تصيب جميع المواطنين، فالإجراءات التي لا تمس شروط العقد مباشرة لا يمكن أن تؤدي إلى تطبيق فعل الأمير. ولم يتم منح التعويض بصدد الإجراءات العامة إلا إذا:

- أثبت المتعاقد أن ضرراً خاصاً لحق به، وأن هذا الضرر لا يشاركه فيه سائر من يمسّهم القرار العام ([16])، فعلى الرغم من عمومية التشريع الجديد، إلا أنه أصاب المتعاقد وحده دون عموم الشعب، أو أنه أصابه بضرر من الجسامة يتجاوز بكثير ما أصاب عموم الشعب، كأن تفرض إحدى البلديات رسوماً جديدةً أو ترفع من فئة الرسوم المقررة من قبل، فترتب على ذلك زيادة أسعار المواد الأولية اللازمة لتنفيذ العقد (ضرائب ورسوم محلية)([17]).
- إذا نص التشريع الجديد على ذلك، أو إذا نص العقد على ذلك أيضاً، فهنا يتم دفع التعويض تطبيقاً لإرادة المشرع، أو المتعاقدين([18]).

ثالثاً – شروط نظرية فعل الأمير:

لكي تطبق نظرية فعل الأمير يجب توفر الشروط التالية:

أ – **أن يتصل الإجراء الصادر عن الجهة العامة بعقد إداري** ([19]): فلا مجال لتطبيق هذه النظرية بصدد منازعة تتعلق بعد مدني، فهي تستبعد من مجال العقود المدنية. في العقد الإداري تقدم الجهة العامة المتعاقدة على تعديل العقد بإرادتها المنفردة، وبدون موافقة المتعاقد معها من أجل تلبية احتياجات المرفق العام، بينما في العقد المدني فلا تعديل إلا باتفاق الأطراف.

)– المجموعة1938– ص996 لمزيد من التفاصيل انظرالرابط Chabratالثالث ص81 وحكم المجلس في 1938/12/23 في قضية (السابق

[16] رسالة الدكتوراه للدكتور ثروت البدوي– المرجع السابق– ص209مشارإليه عند د.سليمان الطماوي– المرجع السابق–ص642

[17] حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في30 يناير سنة1955 – مجموعة أحكام المحكمة السنة التاسعة ص268

[18] د.سليمان الطماوي– المرجع السابق– ص648

[19] حكم محكمة القضاء الإداري السوري رقم 4 في القضية رقم 61 لعام 1972– مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا لعام 1972– ص324 –حكم محكمة القضاء الإداري المصرية تاريخ 15\11\1961– مجموعة القواعد القانونية التي قررها القضاء الإداري في خمس سنوات من عام 1961 حتى عام1966 – ص416

ب – أن يصدر الإجراء عن الإدارة: بحسب القضاء الإداري الفرنسي والمصري يجب أن تكون الجهة التي صدر عنها الإجراء هي نفس الجهة المتعاقدة ([20])، أما في سورية، فإن القضاء الإداري يطبق نظرية فعل الأمير أياً كانت الجهة العامة التي صدر عنها الإجراء([21])، لأن المشرع يأخذ بوحدة الإدارات العامة، فهو بالتالي أكثر منطقية، وعدل، ومعقولية، إذ لا مبرر لهذه التفرقة إزاء حقيقة مسلم بها فقهاً وقضاءً، وهي أن الدولة بكل وزاراتها وإداراتها، وأجهزتها كيان واحد مستقل لشخص معنوي واحد، وذمة مالية واحدة، فيه مهما تعددت مسمياته، والعقد الإداري في حقيقته أحد أطرافه الدولة، وأن تعددت أسماء أو صفات من يمثلها فيه. وأياً كان مصدر الإجراء، فإن ما يبرر التعويض هو الضرر الخاص ذاته الذي أصاب المتعاقد الذي لا يشاركه فيه غيره ممن مسهم الإجراء الإداري.

ج – أن يكون الإجراء صادر عن الإدارة بدون خطأ من جانبها: إذا تصرفت الجهة العامة في حدود سلطاتها، وترتب على تصرفها ضرر للمتعاقد، فإن الإدارة تسأل في نطاق نظرية فعل الأمير، والمسؤولية في نطاق هذه النظرية، وإن كانت مسؤولية تعاقدية إلا أنها مسؤولية بدون خطأ، أما إذا انطوى تصرف الجهة العامة على خطأ، فإنها تسأل على أساس هذا الخطأ، وللمتعاقد عندها طلب فسخ العقد([22]).

د– أن يكون الإجراء الصادر غير متوقع لحظة إبرام العقد: ومعيار عدم التوقع هو ألا يكون بمقدور الشخص العادي أن يتوقع حصول الإجراء لو وُجد مكان المتعاقد لحظة إبرام العقد([23]). إذا توقعت نصوص العقد هذا الإجراء، فإن المتعاقد مع الإدارة يكون قد أبرم العقد وهو مقدر لهذه الإجراءات، الأمر الذي يترتب عليه تعذر الاستناد إلى نظرية فعل الأمير([24]). وشرط عدم توقع الإجراء واضح، ولا خلاف عليه فيما يتعلق بالإجراءات العامة التي تصدر عن الجهة العامة، ولكن فعل الأمير يغطي أيضاً الإجراءات الخاصة التي

---

[20])– المجموعة1949– ص197– لمزيد من Ville de Toulon حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1949/3/4 في قضية (التفاصيل انظرالرابط السابق

[21] حكم المحكمة الإدارية العليا في سوريةرقم96 الطعن رقم51 لعام1978– مجموعة أحكام المحكمة لعام 1978ص361–وحكمها رقم 83في الطعن496 لسنة1984

[22] د.عبد الله طلبة– مبادئ القانون الإداري – الجزءالثاني– الطبعة الثانية– منشورات جامعة دمشق–1994– ص347

[23] د.محمد الحسين –د.مهند نوح– العقود الإدارية– منشورات جامعة دمشق– مركز التعليم المفتوح– قسم الدراسات القانونية– 2005 – ص313

[24] حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في 16 يونيو سنة1953 المجموعة السنة السابعة ص1563

تصدر عن الجهة العامة، وتؤدي إلى تعديل شروط العقد، فالمتعاقد يعلم أنَّ الإدارة تملك حق تعديل شروط العقد دون رضاه، ولو لم يُنص على ذلك في العقد، فكيف يمكن القول بأن المتعاقد في هذه الحالة لم يتوقع التعديل؟

الرأي هنا، إن شرط عدم التوقع لا ينصرف إلى أصل الحق في التعديل، لأن هذا الحق متوقع دوماً، ويفترض علم المتعاقد به، ولكنه ينصرف إلى حدود التعديل ومداه، فإذا نظم العقد كيفية إجراء التعديل وحدوده استبعدت القضية، أما إذا لم ينظم العقد كيفية ممارسة هذا الحق، فإن نظرية فعل الأمير تُطبق ([25]).

هـ - أن يترتب على الإجراء الصادر عن الإدارة ضرر للمتعاقد: لا يشترط هنا درجة معينة من الجسامة، فقد يكون الضرر جسيماً، أو يسيراً، وقد يتمثل في ضرر فِعلي يُصيب المتعاقد، وقد يكون مجرد إنقاص في الربح الذي يعول عليه. لكن يجب أن يكون هذا الضرر خاصاً، ومباشراً، ومؤكداً ([26])، وعلى المتعاقد تقديم الدليل على ذلك.

---

[25] رسالة الدكتور ثروت البدوي- المرجع السابق- ص129مشارإليه عند د.سليمان الطماوي- المرجع السابق- ص630

[26] د.سمير صادق- العقد الإداري في مبادئه الإدارية العليا- الهيئة العامة للكتاب- القاهرة-1991- ص248

رابعاً – الآثار المترتبة عل نظرية فعل الأمير:

يترتب على تحقق شروط هذه النظرية النتائج الآتية:

أ – التزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد:

وذلك من أجل تأمين استمرارية المرفق العام، إلا إذا أدت العقبات الجديدة إلى استحالة مطلقة في التنفيذ كصدور تشريع جديد يحرم الاستيراد بالنسبة لسلعة لا يمكن الحصول عليها إلا من الخارج. وفي حال استحالة التنفيذ للمتعاقد طلب فسخ العقد، دون أن يكون له الحق بالتوقف عن التنفيذ بمجرد طلب الفسخ الذي يتقدم به إلى القاضي، بل على العكس من ذلك يجب أن يستمر في التنفيذ حتى يحكم له القاضي بالفسخ، وفي حال توقفه قبل الحكم يتعرض المتعاقد للجزاءات التعاقدية، وفي حال حكم له القاضي بفسخ العقد تعود آثار هذا الحكم إلى تاريخ رفع الدعوى، ويكون في حل من التزامه بالتنفيذ، وبهذا أخذت المادة 33 من المرسوم التشريعي السوري رقم 450 لعام2004 "لا يجوز للمتعهد أن يوقف تنفيذ............ويفقد الحق بالمطالبة بأي تعويض".

ب – إعفاء المتعاقد من غرامات التأخير:

التي تُوقع عليه بسبب التأخر في تنفيذ التزاماته نتيجة الإجراء الصادر عن الإدارة، وقد أعفى المشرع السوري في القانون رقم **51** لعام 2004 الخاص بنظام العقود في الجهات العامة صراحةً في **المادة 53 اب** من غرامات التأخير، إذا كان هذا التأخير بسبب من الجهة العامة المتعاقدة، أو الجهات العامة الأخرى.

ج – حق المتعاقد بالتعويض:

عما أصابه من ضرر وهذا التعويض يشمل ما لحقه من خسارة، وما فاته من كسب، وهذا الحق ثابت سواء نص عليه العقد، أم لم ينص عليه. والتعويض هنا يثير النقط الآتية:

1–**تقدير التعويض:** على الإدارة أن تعوض المتعاقد تعويضاً كاملاً، ويشمل التعويض ما لحق المتعاقد من خسارة كالنفقات الإضافية، وما فاته من كسب، فيشمل المبالغ التي كان من حق المتعاقد الحصول عليها. أما تقدير التعويض فمتروك لتقدير القاضي، ما لم

يحدده العقد أو الإجراء العام الجديد. وقد أقرت المحكمة الإدارية العليا السورية حق المتعاقد بالتعويض الكامل في هذه الحالة([27]). إلا أننا نجد أن مجلس الدولة الفرنسي:

- يُهمل عنصر الكسب المتخلف، ويكتفي بتعويض الأضرار الفعلية المترتبة على فسخ العقود، كحالة إنهاء الإدارة لعقد نتيجة لظروف الحرب. فهنا يعوض المجلس دون اعتبار للأرباح التي كان من شأن المتعاقد الحصول عليها لو لم يتم فسخ العقد ([28]).
- لا يحكم بكامل التعويض إذا كان المتعاقد قد ساهم بخطئه في إحداث بعض الأضرار المترتبة على عمل الأمير، أو ساعد على زيادة تلك الأضرار، إذ يستنزل من التعويض المقدار المناسب لخطأ المتعاقد([29]).

2- **الاتفاقات التي ترد بخصوص التعويض:** إذا تضمن العقد شرطاً بعدم مسؤولية الإدارة قبل المتعاقد، يجب هنا التمييز بين حالتين:

- حالة الإعفاء المطلق من المسؤولية: يجمع الفقه على عدم مشروعية مثل هذا الشرط، لأن الإدارة لا تملك أن تضع في العقد نصاً بعدم مسؤوليتها، ويعفيها من الالتزام بتعويض الضرر الحادث للمتعاقد معها، لأن ذلك يتعارض مع المبادئ المقررة في القانون الإداري، من ثبوت حق المتعاقد مع الإدارة في التعويض طبقاً للنظريات السائدة في نظام العقود الإدارية، ومنها حقه في التوازن المالي للعقد.
- شرط الإعفاء الذي ينصب على إجراء معين: وهذا الشرط مشروع ([30])، كإعفائها من الالتزام بتعويض الضرر الحادث نتيجة فرض ضريبة معينة أو زيادة سعرها، فإذا توقع المتعاقدان إجراء فرض ضريبة معينة، ونصا على تحمل المتعاقد لما يترتب عليها من آثار، فإن مثل هذا النص مشروع.

---

[27] حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم42في الطعن78 لسنة1984- مجموعة المبادئ التي أقرتها المحكمة لسنة1984-ص265 -وحكمها رقم188في الطعن96 لسنة1984- مجموعة المبادئ التي أقرتها المحكمة لسنة1984- ص326 -وحكمها رقم65في الطعن 287لسنة1986-مجموعة المبادئ التي أقرتها المحكمة لسنة 1986- ص305

[28] في قضية(1952/1/23 حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في Secr D,Etat C.chambouvet 50ص -1952المجموعة-) لمزيد من التفاصيل انظر الرابط السابق

[29] د.سليمان الطماوي- المرجع السابق- ص658

[30] في قضية (1924/1/16حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادرفي Pigot في1932/3/17 وحكمه في – 53ص -1924المجموعة -(قضيةMaurierالسابق الرابط انظر التفاصيل من لمزيد 340ص -1932 المجموعة -(

خامساً – الأساس القانوني للتعويض بموجب هذه النظرية:



اتفق الفقهاء على تعويض المتعاقد تعويضاً كاملاً عن الأضرار التي لحقت به من جراء فعل الإدارة، إلا أنهم اختلفوا حول الأساس القانوني للتعويض عن عمل الإدارة، وطرحت عدة أفكار تبرر التعويض:

أ – فكرة الإثراء بلا سبب:

طالما أن الإدارة تستطيع أن تزيد أو تخفض من الامتيازات المالية المتفق عليها بالعقد عن طريق قرار يصدر من جهتها بشكل وحيد الطرف فهي تثري على حساب المتعاقد دون أن يكون هذا الإثراء مؤسساً على سبب قانوني محدد في العقد([31]). إلا أن هذه الفكرة منتقدة لأسباب منها:

1- إن التعويض يمنح للمتعاقد عن كافة الأضرار التي لحقت به ولو لم يكن هناك أي إثراء لصالح الإدارة.

2- لا يؤخذ بعين الاعتبار في تعويض المتعاقد الفائدة التي تعود على الإدارة من جراء تصرفها، بل كمية الضرر التي لحقت بالمتعاقد.

3- هذه الفكرة تقتصر على التعديلات الحاصلة على العقد من قبل الإدارة المتعاقدة، في حين أنه يمكن تعويض المتعاقد عن الإجراءات الصادرة من قبل سلطة أخرى غير متعاقدة، كما هو الحال بالنسبة للقضاء الإداري السوري.

[31]) في قضية 1924/1/16الصادرفي حكم مجلس الدولة الفرنسي Pigot في1932/3/17 وحكمه في – 53ص –1924المجموعة –(
قضيةMaurierالسابق الرابط انظر التفاصيل من لمزيد 340ص –1932 المجموعة –(

ب – مبدأ المساواة أمام التكاليف العامة:



زيادة العبء الخاص على المتعاقد دون أن يعوض عليه عن تلك الزيادة يخل بمبدأ المساواة بين الأفراد أمام التكاليف العامة. لأنه يحمل المتعاقد أكثر مما يتوجب أن يتحمله، ضمن هذه الحالة يجب على السلطة العامة أن تعيد التوازن المالي للعقد([32]). إلا أنه ضمن هذه الحالة إذا صدر إجراء إداري عام وشامل آخذاً بعين الاعتبار جميع المواطنين من متعاقدين وغير متعاقدين، فالمتعاقد المتضرر لا يمكنه طلب التعويض إلا إذا سبب له الإجراء ضرراً خاصاً جسيماً يفوق ما أصاب غيره، أو إذا نص الإجراء على ذلك كما رأينا سابقاً.

ج – فكرة التوازن المالي للعقد:



إذا حدث خلل – أدى إلى قلب التوازن المالي – ناتج عن فعل الإدارة يتوجب عليها أن تعوض له عن كافة الأضرار التي لحقت به من أجل إعادة التوازن المالي للعقد. إلا أن الفقهاء أرجعوا فكرة التوازن المالي إلى النية المشتركة للطرفين المتعاقدين ([33])، وهذا يعني أن إعادة التوازن المالي ناتج عن شرط تعاقدي ضمني للنية المفترضة لأطراف العقد، وأن حق المتعاقد بالتعويض يستند على فكرة التوازن المالي للعقد في إطار هذا المفهوم المحدد بالنية المفترضة.

---

[32] د.عبد الله طلبة– المرجع السابق– ص348

[33] ملاحظات روميو على قرار مجلس الدولة الفرنسي29\12\1905– باردي— مجلة قرارات مجلس الدولة ص1014مشار إليه عند د محمد الحسين –د مهند نوح– المرجع السابق– ص320

إن فكرة الربط بين التوازن المالي والنية المفترضة واجهت انتقادات شديدة من قبل بعض الفقهاء حيث أنهم اعتبروا:

- أن تعميم هذه الفكرة في حالة عدم وجود النص عليها بالعقد لا يستند إلى مبرر منطقي أو قانوني واعتمدوا مبدأ العدالة كأساس لفكرة التوازن المالي للعقد وذلك لمواجهة الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة قبل المتعاقد معها الذي ما هو إلا مساهم أو معاون في تحقيق الصالح العام، يكون من العدالة تعويض المتعاقد عن كل ضرر يناله من جراء تدخل الإدارة، واستعمالها لسلطتها تلك.
- إذا كان حق الإدارة في التعديل أمراً يفترض قيامه في ذهن المتعاقد مع الإدارة عند إبرام العقد بحيث يكون للإدارة حق في استعماله دون أن ينص العقد عليه، فأنه يجب أن يقابل هذه السلطة حق آخر للمتعاقد في أن يتصور من جانبه أيضاً أن جهة الإدارة ستعوضه عما يلحقه من ضرر نتيجة ممارستها لسلطتها في التعديل، وهذا التعويض يقوم على أن المتعاقد مع الإدارة لا يقبل معاونتها في تسيير المرفق العام بالمجان، وبدون مقابل. بل الطبيعي، أنه قرر طبقاً لتقديراته أنه سيظفر مقابل التزاماته العقدية بفائدة معينة، وربح معلوم، فإذا سلم بحق الإدارة في التعديل تحقيقاً للمصلحة العامة، فإن العدالة تأبى حرمان المتعاقد من حقه المشروع في الفائدة، أو الربح الذي قدره عند إبرام العقد.

د – فكرة المسؤولية التعاقدية للإدارة:

رفض الفقهاء فكرة التوازن المالي للعقد لتبرير التعويض عن عمل الإدارة، واعتبروا أن الأساس القانوني هو المسؤولية التعاقدية دون خطأ([34])، مدعمين فكرتهم هذه من الغاية الأساسية لوجود الإدارة ألا وهي إبرام العقود مع الغير من أجل إشباع الحاجات العامة، وطالما أن الإدارة، وبالرغم من تعاقدها مع الغير، تبقى المسئولة عن تحقيق المصلحة العامة لا بد وأن تتسلح بامتيازات السلطة العامة في مواجهة المتعاقد لتنفيذ المهمة الملقاة على عاتقها.

---

[34] د.محمود حلمي – العقد الإداري– دار الفكر العربي– الطبعة الثانية– 1998–ص122

هذه الفكرة تؤكد مسؤولية الإدارة عن كافة الإجراءات التي تتخذها بإرادة منفردة رغم شرعيتها. إلا أن هذه الفكرة غير كافية لتبرير التعويض على أساس نظرية فعل الأمير، لأن التعويض يجب أن يكون ضمن مجال إعادة التوازن المالي للعقد.

هـ - الجمع بين التوازن المالي ومسؤولية الإدارة:

إن مسؤولية الإدارة عن عمل الأمير هي مسؤولية تعاقدية بلا خطأ، على أساس التوازن المالي للعقد، وإن استبعاد أي من الفكرتين يؤدي إلى خلل حقيقي في الأساس القانوني للتعويض ([35])، ومرد هذا الرأي قاعدة عامة، وهي أنه لا يمكن أن يمنح تعويض لأحد دون إسناده إلى مسؤولية محدودة بقدر الضرر الذي لحق بالغير وهذا ما يبرر ضرورة اعتماد مبدأ التوازن المالي كعنصر مكمل للمسؤولية، أي أن تكون المسؤولية ضمن حدود إعادة التوازن المالي للعقد، وهذا يعني أنه لا بد من العودة إلى الطرف الذي سبب الضرر كمستند للتعويض بالإضافة إلى أن إعادة التوازن المالي هو الذي يحدد مقدار التعويض، ويبرر المسؤولية التعاقدية دون خطأ.

هذا الأساس الأخير سليم كونه يشكل الضمانة الحقيقية لحقوق المتعاقد، ومصلحة الإدارة في سبيل تحقيق المصلحة العامة([36])

---

[35]: أندريه لوبادير – مطوله في العقد الإداري– الجزء الثالث– ص64 – حيث يقول:
"A notre avis, ces deux explication sont exates ;l,une et l,autre se completent respectivements"
مشار إليه عند الدكتور سليمان الطماوي– المرجع السابق– ص655

[36] لمزيد من التفاصيل راجع آثار نظرية فعل الأمير عند:د.سليمان الطماوي –المرجع السابق –ص635ومابعدها –د.حمدي علي عمر – المسؤولية التعاقدية للإدارة– دارالنهضة العربية– القاهرة– 1996– ص145ومابعدها

الفرع الثاني: نظرية الظروف الطارئة.

إن تعديل العقد الإداري قد يحدث نتيجة لتدخل الإدارة، وقد يحدث أيضاً عن طريق تدخل أحداث استثنائية غير متوقعة لحظة إبرام العقد، تكون خارجة عن إرادة الطرفين المتعاقدين بحيث تجعل تنفيذ العقد صعباً، وأشد إرهاقاً مما كان يتوقعه الأطراف من دون أن يجعل تنفيذه مستحيلاً.

أولاً – مفهوم النظرية ونشؤها:

كان القضاء الإداري يطبق قواعد القانون المدني على العقود الإدارية كافة، وهذا يعني أن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين هو الذي يطبق، ومن ثم يلتزم المتعاقد بالتنفيذ والاستمرار بتسيير المرفق العام وفق النصوص المدرجة في العقد دون أن يكون له الحق بالتعويض عن النتائج المرهقة التي قد تحصل خلال التنفيذ، ويبقى المتعاقد ملزماً بالاستمرار بالعقد حتى تضعه الظروف على حد الاستحالة المطلقة في تنفيذ عقده، وضمن هذه الحالة كانت تطبق نظرية القوة القاهرة.

أ – **نشوء النظرية:** القضاء الإداري الفرنسي ابتدع نظرية الظروف الطارئة وطبقها في حال حصول ظروف مستقلة عن إرادة المتعاقدين وغير متوقعة لحظة إبرام العقد الإداري، بحيث تنقلب اقتصاديات العقد دون أن تجعله مستحيلاً لكنها ترهق المتعاقد، ورغم ذلك يبقى المتعاقد ملزماً باستمرارية التنفيذ على أن يكون له الحق بتلقي مساعدة مالية من الإدارة بغية تجاوز الصعوبات المؤقتة الحاصلة خلال التنفيذ بشرط أن يتحمل المتعاقد جزءاً بسيطاً من الأضرار التي لحقت به نتيجة هذه الظروف.

بدأ تطبيق هذه النظرية في قضية غاز بوردو سنة 1916 عندما أدت ظروف الحرب العالمية الأولى إلى ارتفاع أسعار الفحم الذي يستخرج منه الغاز ارتفاعاً كبيراً. بحيث أصبح تنفيذ عقد الامتياز مرهقاً للشركة لدرجة لم تكن في الحسبان، فقضى مجلس الدولة الفرنسي بإلزام الإدارة بدفع تعويض مناسب للشركة لتمكينها من الاستمرار في تسيير المرفق العام ([37])، وذلك بعد فشل الأطراف المتعاقدة في الاتفاق على تعديل العقد بما يتفق والظروف الجديدة. ثم اطردت أحكام المجلس على تطبيق هذه النظرية ([38])، وأجازها

---

[37] قرار مجلس الدولة الفرنسي في 30\3\1916في قضية الشركة العامة لتنوير مدينة بوردو– مجلة قرارات مجلس الدولة الفرنسي1916– ص126 لمزيد من التفاصيل انظر الرابط السابق

[38] قرار مجلس الدولة الفرنسي 9\12\1932– في قضية ترامواي مدينة شير بورغ – مجموعة سيري1933 – ص9 لمزيد من التفاصيل انظر الرابط السابق

على العقود الإدارية كافة في حال توفرت شروطها، وحتى في حال غياب النص التعاقدي، وحتى على نقيض هذه النصوص، إذ عدّ هذه النظرية من النظام العام. وقد أخذ القضاء في كل من مصر وسورية بهذه النظرية([39])، وطبقها في مجال العقود الإدارية، والمدنية على حد سواء، وذلك على عكس القضاء الإداري الفرنسي الذي قصر تطبيقها على العقود الإدارية، وذلك لأنها ولدت في القضاء الإداري من أجل مصلحة المرفق العام.

ب- **مضمون النظرية:** مما تقدم نستطيع توضيح مضمون هذه النظرية بالآتي: إذا استجدت أثناء تنفيذ العقد أمور خارجة عن إرادة المتعاقدين، ولم تكن متوقعة وقت التعاقد، فترتب عليها أن أصبح تنفيذ العقد مرهقاً للمتعاقد مع الإدارة، فإن الإدارة تلتزم أما بتعويضه جزئياً، وبصفة مؤقتة، وأما يتم تعديل شروط العقد بالاتفاق للتلطيف من أثر هذه الظروف بما يسمح للمتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد دون إرهاق.

ثانياً – شروط تطبيق النظرية:

لا تطبق النظرية إلا إذا استجمعت عدة شروط ([40])، وفي حال تخلف أي من هذه الشروط لا يمكن تطبيقها، وهي كالآتي:

أ- **حدوث ظرف طارئ:**

هذا الظرف قد يكون:

1- طبيعياً كالزلزال، أو الفيضان.

2- اقتصادياً كارتفاع الأسعار، أو ارتفاع الأجور ارتفاعاً فاحشاً ([41]).



من عمل جهة إدارية غير الجهة المتعاقدة سواءً تمثل

---

[39] تنص المادة 53د من القانون 51لعام2004الخاص بنظام العقود للجهات العامة في سورية على أنه:"إذا طرأت ظروف أو حوادث استثنائية. للمتعهد الحق بطلب تعويض عادل" – حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر الصادر في 14أبريل سنة1960– السنة14– ص36– وحكمها الصادرفي17يونيو سنة1972– السنة17– ص576 في قضية دودة القز

[40] لقد ذكر حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم12 في الطعن رقم 8 لعام 1965 بأن "للظرف الطارئ شروطا خمسة يجب توفرها مجتمعة أن تقلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب" – مجموعة مبادئ المحكمة لسنة1965– ص101

[41] في قضية (Hospiee de Vienne) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 10/3/ 1948 – مجموعة(actual.jur – سنة 1948–ص331 لمزيد من التفاصيل انظر الرابط السابق

بصدور إجراء عام كقانون اجتماعي يترتب عليه ارتفاع في الأسعار ارتفاعاً فاحشاً، أو كقانون يفرض ضرائب جديدة ([42])، أو يخفض قيمة النقد ([43])، وسواءً تمثل بإجراء خاص كصدور أمر بنقل أعمدة الكهرباء لاعتبارات السلامة العامة إذا ترتب عليه إخلال باقتصاديات العقد ([44])، أو بقيام الإدارة بتسيير باصات نقلٍ لخدمة نفس الخط الذي تعهده الملتزم فألحقت به خسارة فادحة([45]).

ب-يجب أن يقع الظرف الطارئ بعد أبرام العقد وخلال تنفيذه:

لا صعوبة في تطبيق النظرية إذا توفرت لها الشروط الأخرى، ووقع الظرف الطارئ بعد توقيع العقد، وحتى تنفيذه في الوقت المحدد. إلا أن الصعوبة تكمن في معرفة ما إذا كانت النظرية تُطبق في خارج المدة المحددة للتنفيذ في العقد، وهنا نميز بين:

1- الظروف التي تقع خلال الفترة الممتدة بين تقديم العرض، وتوقيع العقد، للمتعاقد طلب التعويض عنها إذا أبرمت معه الإدارة العقد بعدها ([46])، وقد أخذ المشرع السوري بذلك في المادة 63/ب من القانون 51لعام2004وعلةُ ذلك واضحة، وتتمثل في أن المتعاقد قد ثبت أسعاره في عرضه منذ تقديمه.

2-إذا وقع الظرف الطارئ ولم تَبت الإدارة في العطاء خلال المدة المحددة، فإن من حق المتنافسين سحب عروضهم إذا لم يقم العارض بسحب عرضه، يعتبر عالماً بالظرف وقابلاً له ولا حق له في التعويض([47]).

---

[42])- المجموعة1946-ص422 لمزيد من Etabl. Bizouard حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1946/2/22 في قضية (
التفاصيل انظر الرابط السابق

[43]) - المجموعة1943- ص36 لمزيد من التفاصيل انظر Aurran حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1943/2/10 في قضية (
الرابط السابق

[44])- مجلة القانون العام سنة1946- Sit. L,Energie electrique حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في1944/12/8 في قضية (
) - مجموعة دالوز- سنة1953- ص309 لمزيد من Min T.P.contre E.D.Fص315 -وحكمه في1949/3/2 في قضية (
التفاصيل انظر الرابط السابق

[45] حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر الصادر في 11مايو سنة1968في قضية الأتوبيسات- السنة13- ص874

[46])- المجموعة1938-ص20 لمزيد من Commune d,Antony حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في1938/2/12 في قضية (
التفاصيل انظر الرابط السابق

[47])- المجموعة1932- ص64 لمزيد من Ste. Les limousins حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1932/1/15 في قضية (
التفاصيل انظر الرابط السابق

3- في حالة امتداد تنفيذ العقد إلى ما بعد المدة المحددة له فوقعت خلالها ظروف طارئة، نميز بين:

أ- إذا كان التأخير بسبب المتعاقد، فإنه يتحمل وزر الظرف ولا حق له في التعويض.

ب- إذا كان التأخير في التنفيذ بسبب الإدارة، فإنها تتحمل وزره، ويتعين عليها دفع التعويض، وغالبا ما يطلب المتعاقد تطبيق نظرية فعل الأمير باعتبارها أكثر فائدة له.

ج- في حالة موافقة الإدارة على امتداد التنفيذ بناءً على طلب المتعاقد، تُطَّبق نظرية الظروف الطارئة.

ج- يجب أن يكون الحادث أو الظرف مما لا يمكن توقعه عادة:

لم يكن في حسبان المتعاقدين، ونيتهما المشتركة لحظة إبرام العقد، فالحدث غير العادي يجب أن يكون خارجاً عن كل تصورٍ معقول من قبل المتعاقدين لحظة التعاقد، فالنظرية لا تطبق إذا كان الحدث قابلاً للتوقع من قبل الأطراف، كقيام الحرب إذا كان الظرف لحظة إبرام العقد يُنذر بوقوع حرب.

إن شرط عدم التوقع ينصب على الظرف الطارئ نفسه، أو على آثاره، فمثلاً يبرم عقد بعد صدور قانون ما، ونص في العقد صراحةً على أن المتعاقد يتحمل الارتفاع الحاصل في الأسعار المترتب على هذا القانون الجديد، إلا أن الأسعار ارتفعت إلى ما يجاوز الحد المعقول المتصور عند إبرام العقد، فهنا يمكن الاحتجاج بنظرية الظروف الطارئة إذا توفرت شروطها الأخرى([48]).

---

[48] د.سليمان الطماوي – المرجع السابق- ص678-679

د – يجب أن يؤدي الظرف الطارئ إلى إحداث انقلاب في اقتصاديات العقد:

وذلك بأن تصبح الالتزامات التي تقع على عاتق المتعاقد أشدُّ إرهاقاً إلى حد أن يكون اختلال التوازن المالي للعقد يتجاوز المخاطر العادية التي اتفق الأطراف عليها لحظةَ إبرام العقد، وتضع تنفيذ العقد في خطر[49]، وإن كان الأمر بحاجة إلى مراجعة بسبب صعوبة الاتفاق على تحديد معيارٍ واضح للخسارة الجسيمة. فهي لا تطبق مثلاً:

1– في حال الارتفاع الطفيف في الأسعار، والمواد الأولية لأن هذا الارتفاع يبقى ضمن المخاطر العادية لتنفيذ العقد، إذ يجب أن يترتب على تنفيذ العقد خسارة تجاوز في فداحتها الخسارةَ العادية المألوفة التي يتحملها أي متعاقد أثناء التنفيذ. وقد وضع المشرع السوري في القانون رقم**51**لعام **2004** الخاص بنظام العقود في الجهات العامة السوري في المادة**63** شرطاً كمياً لتتم المطالبة بالتعويض وهو أن تؤدي زيادة الأسعار إلى زيادة تكاليف مجموعِ الأجزاء غير المنفَّذة بنسبة تزيد على15%.

2– بمجرد ضياع الربح على المتعاقد، بل يجب أن يحيق بالمتعاقد عجزٌ مستمر يهدد بالتوقف عن تنفيذ العقد.

إن قلب اقتصاديات العقد مسألة لا تظهر، ولا يمكن التحقق من وجودها إلا من المستخلصات النهائية، وعند عمل الحساب النهائي، وهو لا يكون إلا بعد إنجاز الأعمال.

---

[49] حكم محكمة القضاء الإداري المصري الصادر في 19 يونيو سنة 1960– السنة14– ص261

هـ – يجب أن يكون الحادث أجنبياً عن المتعاقدين ([50]):

أي مستقلاً عن إرادة الأطراف المتعاقدة، فلا تطبق النظرية:

1–إذا كان الحادث نتيجة إهمالٍ، أو خطأٍ حصل من جانب المتعاقد أدى إلى قلب التوازن المالي للعقد، أو إذا قصر في بذل الجهود اللازمة لتوقي الظرف الطارئ([51]).

إذا كان الضرر ناتج عن فعل الإدارة، إذ تطبق نظرية فعل الأمير في هذه الحالة، وإذا كان الحادث بسبب خطأ من الإدارة، فإنها تكون مسؤولة على أساس الخطأ أما إذا صدر الحادث من سلطةٍ عامة غير متعاقدة كالتشريعات التي تصدر بزيادة الرسوم، وخفض قيمة العملة، تُطبَّق نظرية الظروف الطارئة في هذه الحالة.

و – يجب أن يكون الحادث أو الظرف الطارئ ذو طابعٍ مؤقت:



أن يعمل المتعاقد على دفعه بكل إمكانياته، وهذا الظرف ينتهي أما بزواله أو بالاتفاق على تعديل شروط العقد بما يتفق والظرف الجديد، وإذا ثبت استحالة زوال الظرف، أوثبت إن المتعاقد لن يتمكن من الاستمرار في تنفيذ العقد إلا بمعاونةٍ دائمةٍ من الإدارة لا مناص من الحكم بفسخ العقد بناء على طلب أي من الطرفين، والذي قد يصحبه حكم بالتعويض لمصلحة أحدهما، وخاصة إذا تكشّف أن تعنّت الطرف الآخر كان السبب في عدم الوصول إلى الاتفاق.

---

[50] الفقيه جيز – مطوله في العقود الإدارية– الجزء الثاني –ص 491 مشار إليه عند الدكتور سليمان الطماوي– المرجع السابق– ص681

[51] د.محمد الحسين–د.مهند نوح– المرجع السابق– ص296

ثالثاً – أوضاع التمسك بالنظرية:

إن التطبيقات القضائية لنظرية الظروف الطارئة في المجال الإداري تقتصر حتى الآن على الطلبات الصادرة عن الأفراد، ولا صعوبة في الأمر إذا تقدم بالطلب المتعاقد الأصلي مع الإدارة، ولكن الأمر يحتاج إلى التوضيح في حالة تغير هذا المتعاقد.

أ– حالة التنازل عن العقد بموافقة الإدارة: هذا التنازل يؤدي إلى خلق علاقةٍ قانونيةٍ مباشرة بين الإدارة، وبين المتنازل له، فالمتنازل له يحل محل المتعاقد الأصلي بجميع حقوقه والتزاماته، وبالتالي فإن المتنازل له يستطيع أن يمارس حقوق المتعاقد الأصلي في مواجهة الإدارة، ومن هذه الحقوق حق المطالبة بتعويضٍ عن الظروف الطارئ حتى تلك التي كان من حق المتعاقد الأصلي المطالبة عنها([52]).

ب – حالة التنازل عن العقد بدون موافقة الإدارة: لا يمكن في هذه الحالة التمسك بهذا التنازل في مواجهة الإدارة من حيث الأصل، لانعدام وجوده القانوني، ومع ذلك خوَّل مجلس الدولة الفرنسي للمتنازل له التمسك بهذه النظرية، إذا قام بتنفيذ العقد ضمن نفس الشروط، وتحققت شروط النظرية، ولكن مع إرجاع أساس التعويض إلى المسؤولية شبه التعاقدية([53]).

ج– حالة وفاة المتعاقد، وحلول الورثة محله: تقوم في هذه الحالة علاقة قانونية بين الإدارة، وبين الورثة، ويكون للورثة المطالبة بالتعويض حتى عن جميع الظروف الطارئة التي كان من حق السلف المطالبة بالتعويض عنها.

د – حالة قيام الإدارة بالتنفيذ على حساب المتعاقد: نتيجة توقفه عن التنفيذ، كان له حق التعويض لأن التنفيذ على حسابه يفترض استمرار العقد منتجاً لآثاره، فيحكم له بالتعويض مع خصم غرامات التأخير([54]).

([52])– مجموعة سيري– سنة1950– القسم الثالث– Ville d,Elbeuf حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في10/7/ 1949في قضية ص61 لمزيد من التفاصيل انظرالرابط السابق

([53]) –مجموعة Bonniol) وفي 16 /1/1931في قضية (Philipe حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 27/7/ 1930في قضية سيري– سنة1931– القسم الثالث– ص57 لمزيد من التفاصيل انظرالرابط السابق

[54] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في 9يونيو سنة1962في قضية الزئبق – السنة السابعة– ص1024

رابعاً– النتائج المترتبة على نظرية الظروف الطارئة:

يترتب على إعمال هذه النظرية آثار عدة منها:

أ – وفاء المتعاقد بالتزاماته:

الظرف الطارئ لا يحرر المتعاقد من التزامه، لأن هذا الالتزام – إذا كان مرهقاً – فإنه ممكن. وغاية النظرية تمكين المتعاقد من الوفاء بالتزاماته كاملة، لأن كل إخلال بهذه الالتزامات لن يضار من ورائه إلا المستفيدون. على المتعاقد أن يواصل تنفيذ التزاماته رغم الظرف الطارئ مادام التنفيذ ممكناً، استنادا إلى مبدأ استمرارية المرفق العام([55])، فإذا توقف المتعاقد عن الوفاء بالتزاماته فإن القضاء يرفض تعويضه، لأن الغاية الأساسية من التعويض هي مساعدة المتعاقد على تجاوز الفترة غير العادية من أجل تحاشي توقف المرفق العام، كما يتعرض لتوقيع الجزاءات التعاقدية، ولا سيما غرامات التأخير.

ب – حق المتعاقد في الحصول على معاونة الإدارة:

يدعو القضاء الأطراف المتعاقدة إلى الاتفاق الودِّي لتعديل العقد بما يتفق والظرف الطارئ، وفي حال فشل الاتفاق يحكم بالتعويض استنادا إلى هذه النظرية، إلا أن التعويض يكون جزيئاً وليس كلياً، فلا يغطي كل الخسائر، والتعويض هنا يثير النقاط التالية:

1– تقدير التعويض: يتحمل كل من المتعاقدين شيئاً من الخسارة. إذ تتحمل الإدارة جزءاً من الخسارة الحقيقية الفادحة التي تندرج في معنى الخسارة الجسيمة بغية إعادة التوازن المالي للعقد. وقد استقر القضاء الإداري السوري تطبيقاً لما ورد في المادة**63**من القانون**51**الخاص بنظام العقود للجهات العامة والتي نصت:"...ارتفاع في الأسعار أدى إلى زيادة تكاليف مجموع الأجزاء التي لم تُنفَّذ بنسب تزيد على 15% من قيمتها بموجب التعهد تحمل المتعهد15%من هذه الزيادة وتتحمل الجهة العامة باقي الزيادة" أي أنه حمَّل الإدارة 85% من الزيادة، فقد وزع المشرع عبء التكاليف الجديدة للعقد على عاتق الطرفين.

---

[55] – حكم المحكمة الإدارية العليا في سورية– القرار رقم 75الطعن 74 لسنة1988– مجموعة المبادئ القانونية لعام1988– ص467 – المجموعة1923– ص682 Ste. d,eclairage d,Oloron حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1923/4/10 في قضية ( )

لمزيد من التفاصيل انظرالرابط السابق

وفي تقدير التعويض تتم مراعاة أسسٍ عدة:

- تقدَّر الخسائر التي تلحق بالمتعاقد طيلة الفترة التي يستمر فيها الظرف الطارئ، ولا يستهدف التعويض الربح الضائع الذي كان من المحتمل أن يجنيه المتعاقد في المستقبل يخصم من قيمة الخسائر الفعلية التي تحملها المتعاقد ما يرجع إلى خطأه في تنفيذ العقد كإهماله، أو عدم إتباعه الوسائل الفنية المسلَّم فيها في التنفيذ.عقب زوال الظرف الطارئ أياً كان مقداره، أو الخسارة العادية المألوفة في التعامل، فالإدارة لا تشارك المتعاقد إلا في الفرق بين الخسائر العادية المحتملة، والخسائر التي تجاوز الحد المعقول.
- عند حساب الخسائر يوضع في الاعتبار الفرق بين الأسعار الفعلية وقت التعاقد، والأسعار الجديدة ([56]).
- يعتبر العقد وحدة، ويفحص في مجموعه، فلا ينظر إلى أحد عناصره فقط، بل يكون ذلك بتقدير ومراعاة جميع العناصر التي يتألف منها، إذ قد يكون بعض هذه العناصر مجزياً، ويعوض عن العناصر التي تستتبع الخسارة، فإذا كان المتعاقد يمارس أوجهاً مختلفة من النشاط بمقتضى عقدٍ واحد كتنفيذ أشغال، وإدارة مرفقٍ عام عم طريق الالتزام، أو مع توريد بضائع للإدارة، فيجب عندها تقدير التعويض أن يوضع في الاعتبار نتيجة جميع الأعمال المنصوص عليه في العقد ([57]).

وفي سورية يجري حساب التعويض المتعلق بارتفاع الأسعار من قبل لجنةٍ خاصة، يؤلفها آمر الصرف لهذه الغاية([58])، وعلى المتعاقد والإدارة تقديم جميع المعلومات اللازمة لدراسة الظروف والملابسات كافة، وأن يقدما بياناً عن الخسائر والأضرار التي لحقت بهما مع إيضاح الأسباب التي أدت إلى مثل هذه الخسائر.

---

[56] د.سليمان الطماوي – المرجع السابق– ص 687 –د.محمد الحسين–د.مهند نوح– المرجع السابق– ص307

[57] في قضية 1949/7/1 حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في Etab.Viala وحكمه الصادر في 318 – ص1949– المجموعة –(في قضية Ville de Toulon 1935/4/10 انظرالرابط السابق لمزيد من التفاصيل 480 ص– 1935 المجموعة –(

[58] انظر المادة 33 من المرسوم التشريعي رقم 450لعام 2004

2- **طلب التعويض:** إن طلب التعويض يقدم من المتعاقد الأصلي، أو ممن يحل محله، ويطلب التعويض من جهة الإدارة المتعاقدة. لكن إذا كان السبب في إحداث الظرف الطارئ هو أحدى الجهات إدارية غير الجهة المعاقدة، فهنا يطلب التعويض من الجهة المتعاقدة التي ترجع بدورها إلى الجهة الأخرى ، وأن كان هذا الرجوع يتم بشروط صعبة عادةً.

3- **وقت طلب التعويض:** للمتعاقد طلب التعويض عن الظرف الطارئ من أول لحظةٍ يتحقق فيها هذا الظرف، وذلك أثناء تنفيذ العقد، أو حتى بعد تنفيذه ([59]). وعلى المتعاقد الانتظار حتى تمام التنفيذ، إذا كان من غير الممكن تقدير الخسائر المترتبة على الظرف قبل هذا الوقت. ولا مانع من أن يطالب المتعاقد بتعويض مؤقت على الظرف الطارئ إذا كان من شأن هذا الظرف أن يستمر لمدة طويلة، وليس في وسع المتعاقد أن ينتظر زواله.

خامساً - الاتفاقات التي ترد بخصوص الظروف الطارئة:

قد تضمن الإدارة عقودها مع الأفراد شروطاً متنوعة بخصوص مواجهة الظروف التي قد تطرأ في المستقبل، وتؤدي إلى إرهاق المتعاقد معها:

أ- **الشروط التي تستبعد المسؤولية:** كأن تشترط الإدارة على المتعاقد معها النزول مقدماً عن كل حق في المطالبة بالتعويض عن الظروف التي تطرأ بعد التعاقد، فهذه الشروط غير مشروعة، لأن هذه النظرية من النظام العام، ولا يجوز الاتفاق على خلافها([60])، وهذا مرده كذلك إلى طبيعة العقد الإداري التي من شأنها أن ترتب لكل من المتعاقدين التمسك بهذه النظرية.

ب - **الشروط التي تحدد التعويض عن الظرف الطارئ:** في هذه الحالة إذا لم يؤدي الشرط دوره الذي يتفق ونية الطرفين، أو إذا لم يمكن تطبيقه، فأن المتعاقد له التمسك بالظروف الطارئة

---

[59] حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في 14ابريل سنة1960"...فإذا ما توافرت هذه الشروط يستوي أن يطالب المضرور بالتعويض خلال تنفيذ العقد أو بعد وفائه بالتزامه التعاقدي..."- السنة14- ص36

[60] د.سليمان الطماوي- المرجع السابق- ص711

وطلب التعويض، ولكنه لا يستطيع أن يجمع بين التعويضين المتفق عليه، والتعويض القضائي. بل ينحصر حقه في الحصول على الأعلى من هذين التعويضين([61]).

ج – **شرط الفسخ:** إذا تضمن العقد شرطاً يخوِّل المتعاقد الحق في طلب فسخ العقد في حال قيام ظرف طارئ، فإن مثل هذا الشرط لا يحول بين المتعاقد، وبين حقه بالمطالبة في التعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة([62]).

د – **الاتفاق بين الإدارة والمتعاقد بعد نفاذ العقد:**هذا الاتفاق إذا لم ينجح في تلافي الاختلال في التوازن المالي للعقد، يكون عندئذ للمتعاقد طلب التعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة، فإذا قبل المتعاقد زيادة في الأسعار التي يتقاضاها من المنتفعين، وتبين بعد ذلك أن تلك الزيادة لم تنجح في مواجهة الظرف الطارئ كان له المطالبة بالتعويض([63]).

هـ – **الاتفاق بين الإدارة والمتعاقد لتنظيم الظرف الطارئ:** إذا تم الاتفاق على كيفية تعويض آثار الظرف الطارئ بعد تحققه، فأنه لا تقبل من أي من الطرفين المنازعة فيه، ويقتصر دور القضاء الإداري على تطبيق شروط الاتفاق إذا حدثت بشأنها منازعة.

سادساً – الأساس القانوني للتعويض وفق هذه النظرية:

لا يتفق الفقهاء على أساسٍ واحد يقوم عليه التعويض الذي يحكم به القاضي في حالة الظروف الطارئة. وتدور الأسس التي يقول بها الفقهاء حول الأفكار التالية:

أ – **فكرة التوازن المالي للعقد:** إن قلب التوازن المالي للعقد بسببٍ طارئٍ خارجي يؤدي إلى إعطاء الحق للمتعاقد بالتعويض استناداً إلى نظرية الظروف الطارئة، لأن هذه النظرية وُجدت من أجل تأمين التوازن المالي للعقد([64]).

وهذه الفكرة لتبرير التعويض كانت محل انتقاد، وذلك لأن:

---

[61])– المجموعة1936– ص5 لمزيد من Commune de Tursac حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 3 /1936/2في قضية (التفاصيل انظر الرابط السابق

[62])– المجموعة1925– ص836 لمزيد من Mas Gayet حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في30/10/ 1925 في قضية (التفاصيل انظر الرابط السابق

[63])– المجموعة1947– ص647 لمزيد من التفاصيل انظر Petot حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في21/11/ 1947 في قضية (الرابط السابق

[64] فالين – الوجيز في القانون الإداري–1964– الطبعة الرابعة– ص340 مشاراليه عند د.محمد الحسين–د.مهند نوح– المرجع السابق– ص299

1- التوازن المالي يؤدي إلى التعويض الكامل، وإعادة مركز المتعاقد إلى حالته قبل حلول الظرف الطارئ. في حين أن التعويض الذي يناله المتعاقد وفقاً لهذه النظرية هو تعويض جزئي، ومؤقت، فهو يقدم كمساعدة للمتعاقد من أجل مجابهة الظروف الطارئة، ولتسمح له بالنهاية تأمين استمرارية المرفق العام، وهذا يعني أن التعويض وفقاً لهذه النظرية لا يؤسس فقط على مصلحة المتعاقد، وإنما يعد وسيلةً لضمانِ استمرار تنفيذ العقد الإداري ومن ثم تحقيق المصلحة العامة.

2- قلب التوازن المالي للعقد يعد أحد الشروط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، وهذا يعني أن وجود مثل هذا الشرط بمفرده لا يؤدي إلى تطبيق هذه النظرية.

ب - **فكرة النية المشتركة للمتعاقدين:** إن القاضي يحكم بالتعويض عن الأضرار التي تترتب على الظروف الطارئة لأن نية المتعاقدين تنصرف ضمنياً لحظة إبرام العقد إلى أن يتحمَّل الطرفان المتعاقدان أثارها الضارة([65]).

ج - **فكرة طبيعة العقد الإداري وصلتها بالمرافق العامة:** الأصل أن المرافق العامة يجب أن تؤدي خدماتها باستمرار، وعلى الإدارة أن تعمل على تحقيق ذلك. فإذا طرأت ظروف غير متوقعة، وترتَّب عليها إرهاق المتعاقد، فإنه على الإدارة أن تهب لمعاونته للتغلب على تلك الظروف([66]). حتى يستطيع أن يتمكن من الوفاء بالتزاماته، وبالتالي يستطيع المرفق العام أن يؤدي خدماته المعتادة دون توقف.

[65] د.سليمان الطماوي- المرجع السابق- ص696

[66] د.سليمان الطماوي- الأسس العامة للعقود الإدارية- الطبعة الرابعة- مطبعة عين شمس -1984- ص634

الفرع الثالث: نظرية الصعوبات المادية.

هذه النظرية ابتكرها القضاء الإداري الفرنسي، وترجع في تطبيقاتها إلى منتصف القرن التاسع عشر، وطبق هذه النظرية في مجال العقود الإدارية كافة، وبخاصة عقود الأشغال، ثم تبناها القضاء الإداري في دولٍ عدة، ومنها القضاء الإداري في مصر وسورية.

أولاً – مضمون هذه النظرية:

إذا صادف المتعاقد في تنفيذ التزاماته صعوباتٍ ذات طبيعةٍ استثنائية خالصة، خارجة عن إرادة المتعاقدين، ولا يمكن توقعها بحالٍ من الأحوال عند أبرام العقد وتؤدي إلى جعل تنفيذ العقد مرهقاً، فإن من حقه أن يطالب بتعويضٍ كامل عما تسببه هذه الصعوبات من أضرار ([67]).

وهذا يعني أنه يجب من باب المنطق القانوني والعدالة تعويضه عما لحق به بزيادة الأسعار المتفق عليها بالعقد مثلا بحيث تغطي جميع الأعمال والتكاليف التي تحملها جراء أعمالٍ لا علاقة له بها، وذلك من أجل معاونته للاستمرار في تنفيذ العقد، لأن وجود مثل هذه الصعوبات المادية تشكل مبرراً لعدم تنفيذ المتعاقد لالتزامه.



[67] د.محمد الحسين– د.مهند نوح– المرجع السابق – ص340

ثانياً – شروط تطبيق هذه النظرية:

لكي تطبق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، لابد من أن تتوفر في الصعوبات التي يصادفها المتعاقد أثناء التنفيذ شروطٌ معينة، وفي حال تخلُّف واحد منها فإن النظرية لا تُطبَّق:

أ – يجب أن تكون الصعوبات ذاتُ طبيعةٍ مادية: الصعوبات التي تعترض التنفيذ مادية ترجع إما:

1- إلى ظواهرٍ طبيعية، التي غالباً ما يكون مردها طبيعة الأرض التي تنفذ فيها الأشغال العامة، كمصادفة طبقات صخرية أثناء حفر بئرٍ إرتوازي، تحتاج إلى آلاتٍ حديثة لقطع الأحجار، أو وجود طبقاتٍ غزيرة من المياه تحتاج إلى نفقاتٍ أضافية لسحبها([68]).

2- إلى فعل الإنسان نفسه من غير الأطراف المتعاقدة، كوجود قناة من صنع الإنسان بجوار موقع العمل، لم تظهر في المواصفات التي على أساسها أعدَّ العقد([69]).

ب – يجب أن تكون الصعوبات المادية ذات طبيعةٍ استثنائية بحتة: فتكون عقبات غير مألوفة لا تنتمي إلى المخاطر العادية التي يتعرض لها المتعاقد عند التنفيذ عادةً ([70])، ويترك للقاضي أن يقدر في كل حالةٍ على حدة ما إذا كانت هذه الصعوبات مما يمكن اعتباره من قبيل المخاطر الاستثنائية أم لا.

ج – يجب أن تكون الصعوبات الطارئة خارجة عن إرادة المتعاقدين: ليست من فعل الإدارة أو المتعاقد الذي عليه أن يثبت أنه لم يكن في وسعه توقى أثار تلك الصعوبات بما بين يديه من وسائل، وأنه لم يخرج على شروط العقد أثناء تنفيذه ([71]).

د – يجب أن تكون هذه الصعوبات غير متوقعة عند إبرام العقد: بالرغم من كل الحيطة والحذر التي اتخذت من قبل الأطراف المتعاقدة، إذ يجب على المتعاقد قبل أن يقبل العقد أن يدرس طبيعة الأرض، وأن يبذل الجهود المعقولة والمطلوبة من كل متعاقدٍ حريص للإحاطة بكافة

---

[68] في قضية 1905/2/3 حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في Ville de Paris وحكمه الصادر –المجموعة1905ص105 –)
في قضية 1936/4/ 1فيBatile لمزيد من التفاصيل انظر الرابط السابق 436 ص –المجموعة1936 –)

[69] في قضية 1937/7/21 حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في Ville deCareasson وحكمه – 745ص –المجموعة1937 –)
في قضية1911 /3/20 الصادر فيLazie لمزيد من التفاصيل انظر الرابط السابق281ص–المجموعة1911 –)

[70] في قضية1943 /3/19 حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في Duniez لمزيد من التفاصيل انظر126 ص–المجموعة1943 –)
الرابط السابق

[71] حكم محكمة القضاء الإداري المصري في القضية رقم 959 لسنة 13جلسة 21\5\1961– حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في
في قضية 3/20Lazie مشار إليه سابقا)

الصعوبات المادية التي من شأنها أن تصادفه عند التنفيذ، فقد أشارت المادة**78** من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم **9لسنة1983**صراحةً على ذلك:"يلتزم المقاول بأن يتحرى بنفسه طبيعة الأعمال وعمل كلِّ ما يلزم لذلك من اختبارات وغيرها للتأكد من صلاحية المواصفات والتصميمات المعتمدة...ويكون مسؤولاً عن جميع هذه الرسومات والتصميمات كما لو كانت مقدمة منه". فإذا كانت الصعوبات من نوع لا يمكن توقعه عند التعاقد وفقا للظروف التي أبرم في ظلها العقد، فحينئذ يمكن طلب التعويض عنها، أما إذا قصر المتعاقد وكان في وسعه تبين الصعوبات المادية وقت التعاقد، يفقد حقه في التعويض.

فإذا تعاقد أحد المقاولين مع الإدارة لحفر وردم وبناء حجرات تفتيش الخاصة بمشروع ما، وعند التنفيذ يتبين أن الأرض محل الحفر كانت محل توسيع شارع، وإن تحت الأرض أساسات خراسانية وخزانات ومجاري ومياه، أدت إلى تأخير التنفيذ، فلما وقعت عليه الإدارة غرامات التأخير طالب بإسقاطها وبتعويضه عن الصعوبات المادية غير المتوقعة، فرفض طلبه، لأن المقاولين يلزموا أن يتحرُّوا بأنفسهم عن طبيعة التزاماتهم ([72]).

هـ – يجب أن تلحق هذه الصعوبات ضرراً بالمتعاقد: فتزيد من أعباءه، وذلك بزيادة نفقات التنفيذ متجاوزةً الأسعار المتفق عليها بالعقد. على أن يكون من شأن تلك الصعوبات بالنسبة إلى العقود ذات السعر المحدد سلفاً أن تحدث انقلاباً في اقتصاديات العقد، وهذا الإخلال بالاقتصاديات يقدر بالنظر إلى المبالغ الإضافية التي أنفقت لمواجهة الصعوبات المادية.

[72] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في 14 يونيو سنة 1969 في قضية حجرات التفتيش– السنة14 ص778

ثالثاً – نتائج نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة:

يترتب على تحقق شروط هذه النظرية نتائجَ عدة منها:

أ – بقاء التزام المتعاقد بتنفيذ العقد رغم ما يواجهه: الصعوبات مادية غير متوقعة لا تؤدي إلى تحلل المتعاقد من التزاماته إلا إذا أدت إلى استحالة التنفيذ، وحينئذ نصبح أما فكرة القوة القاهرة، وعليه استخدام كافة الوسائل الممكنة لتجاوز هذه الصعوبات، فإذا توقف عن التنفيذ تعرض للجزاءات التعاقدية المختلفة، إضافة إلى احتمال فقده لحقه في طلب التعويض.

وقد تجبر الصعوبات غير المتوقعة المتعاقد على تنفيذ أشغال أضافية غير متوقعة، أو غير ملحوظة في العقد ابتداءً، نميز بين:

1- إذا كان العمل له ضرورة مطلقة لتنفيذ العقد، يستطيع المتعاقد ذاته أخذ زمام المبادرة لمثل هذا العمل.

2- إذا كان العمل المثار بسبب الصعوبات المادية لا تتضح ضرورته بشكل تام، فإن المتعاقد لا يستطيع أن يحتج بها قبل أن يجعل الإدارة توجه إليه أمر موعزة إليه بتنفيذ ذلك العمل.

وقد يترتب على مصادفة المتعاقد لهذه الصعوبات تأخر في تنفيذ الأعمال، لذلك فهي تحرره من الجزاءات التي تترتب على المتعاقد إذا تعدى الحدود الزمنية المقررة لتنفيذ العقد.

ب – حق للمتعاقد الحصول على تعويض كامل: يقابل ما تحمله من نفقات لمواجهة تلك الصعوبات. على أن يتحمل المتعاقد قيمة ما تسبب فيه بخطئه من زيادة في الآثار الضارة للصعوبات المادية غير المتوقعة، تطبيقاً للقواعد العامة في التعويض.القضاء الإداري السوري لم يتبن التعويض الكامل صراحةً، بل تبنى مبدأ التعويض العادل([73]).

والتعويض هنا يثير النقاط التالية:

1- **الاتفاق بصدد التعويض:** قد يتضمن العقد نصاً على استبعاد المسؤولية على أساس الصعوبات المادية، أو أن يحدد سعر جزافي مهما كانت المصاعب التي تعترض طريق المتعاقد. فهل يستطيع المتعاقد إن يطلب تعويض في هذه الحالة لو صادف صعوبات مادية غير مألوفة ؟غالباً ما تفسر هذه الشروط أو البنود بكونها لا تقصد إلا المصاعب

---

[73] حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم 172في الطعن198لسنة1977- مجموعة المبادئ لسنة1977-ص272 –وحكمها رقم 77 في الطعن188 لسنة1984- مجموعة المبادئ لسنة1984- ص287

العادية المألوفة، لا تلك التي تحمل فعلاً سمة الصعوبات الإستثنائية، التي للمتعاقد الاحتجاج بنظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة وطلب التعويض([74]).

إلا أن وجود مثل هذه الشروط في العقد يجعل القاضي يتشدد في اعتبار صعوبات معينة من قبيل الصعوبات التي تخول الحق في التعويض على أساس هذه النظرية([75]).

2- تقدير التعويض: يقدر التعويض الذي يجب دفعه للمتعاقد وفق أسلوبين:

- بأن ترد الإدارة إلى المتعاقد كافة النفقات الإضافية، التي تحملها لمواجهة تلك الصعوبات التي اعترضت التنفيذ العادي للعقد(التعويض الكامل) ([76]).

- أو يتم اللجوء إلى السعر المتفق عليه في العقد، ليقدر التعويض على هداه تقديراً مستقلاً، على أساس الأسعار الجديدة، إذا ثبت إنه عند مصادفة الصعوبات المادية كانت الظروف التي أبرم خلالها العقد قد تغيرت، أو إذا أدت الصعوبات المادية الطارئة إلى تغير كامل في الأسس التي روعيت عند تحديد الأسعار في العقد ([77]).

([74])- المجموعة1903- ص228 لمزيد Commune de Jeumont حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 27/3/ 1903في قضية من التفاصيل انظرالرابط السابق

([75])- المجموعة1916- ص297 -وحكمه الصادر Bove حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في29/12/ 1916في قضية

()- مجلة القانون العام - سنة1954- ص197 لمزيد من التفاصيل انظرالرابط Commune de Moissacفي1953/4/29 في قضية(السابق

([76])- المجموعة1951- ص287 لمزيد Sec. d,Etat G.Dedenard حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادرفي29/7/ 1951في قضية من التفاصيل انظرالرابط السابق

([77])- المجموعة1927-ص754 لمزيد من Ville de Carcassonne حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في21/7/ 1927في قضية التفاصيل انظرالرابط السابق

رابعاً – الأساس القانوني للتعويض وفق هذه النظرية:

تعددت الأفكار التي بني على أساسها التعويض الممنوح بسب الصعوبات المادية:

أ – النية المشتركة للطرفين المتعاقدين([78]):

العلاقة بين الإدارة والمتعاقد يجب أن يُنظر إليها من جانب المتعاقد على أنها مساهمة اختيارية منه، ومعاونة في سبيل المصلحة العامة، فيجب أن تؤدي بأمانةٍ وكفاية، وأن يُنظر إليها من جانب الإدارة من زاوية تراعي فيها كثيراً من الاعتبارات الخاصة التي تسمو على مجرد الحرص على تحقيق الوفر المالي للدولة، وأن الهدف الأساسي هو كفالة حسن سير المرافقة العامة باستمرارٍ وانتظام، وحسن أداء الأعمال، والخدمات المطلوبة، وسرعة إنجازها. وهذا وذاك يقتضي من الطرفين قيام نوع من الثقة المتبادلة بينهما وحسن النية والتساند، والمشاركة للتغلب على ما يعترض تنفيذ العقد من صعوبات، وما يصادفه من عقبات.

السعر الذي تم الاتفاق عليه في العقد إنما قُصد به مواجهة التنفيذ في ظروف عادية. أما الصعوبات غير المتوقعة، والتي لم تخطر ببال الطرفين، فيفترض أنهما قصدا أن يقدر مقابلها بطريقة خاصة.إلا أن هذه الفكرة تعسُّفية في كثير من الحالات، إذ أن النظرية تطبق ويتم التعويض رغم احتواء العقد على شرطٍ صريح باستبعادها.

ب – فكرة العدالة:

ليس من العدالة بشيء أن يلزم أحد طرفي العقد بتنفيذ التزامٍ أصبح بالنسبة إليه أكثر إرهاقاً وتكلفةً على وجه تجاوز الحدود التي قدرها المتعاقدان حين إبرام العقد. فالمتعاقد يقبل الالتزام ليس من أجل مساعدة الإدارة دون مقابل بل من أجل ربحٍ معلومٍ فالعدالة تقتضي أن لا يتم حرمانه من هذا الحق.

ج – فكرة المرفق العام:

العلاقة الوثيقة بين العقد الإداري، وبين المرافق العامة، تجعل من المتعاقد معاوناً ومساعداً للإدارة في تسيير المرفق العام، وعلى الإدارة معاونته لمواجهة ما يتعرض له في سبيل ضمان استمرار المرفق العام على أحسن وجه([79]). فإذ تُرك المتعاقد فريسةً لصعوباتٍ لا دخل له فيها،

---

[78] الفقيه جيز –مطوله في العقود الإدارية–الجزء الثاني–ص691 مشار إليه عند د.سليمان الطماوي– مرجع سبق ذكره– ص717

[79] الفقيه دي لوبادير– مطوله في العقود الإدارية– الجزء الثالث– ص13–14 مشار إليه عند الدكتور سليمان الطماوي–المرجع السابق– ص717

وبدون أي تعويض استناداً إلى نصوص العقد الحرفية، ولمجرد الحرص على تحقيق الوفر المالي، والرغبة الملحة في الحصول على الأدوات، أو إنجاز الأعمال المطلوبة بأرخص الأسعار، عندها لابد أن ينتهي الأمر إلى:

1- خروج المقاولين، أو المتعهدين الأمناء من سوق التعامل مع الدولة، وانصرافهم عن الاشتراك في التعاقد معها مستقبلاً، فيتلقف غير الأكفاء، وغير الأمناء الزمام فتقع الإشكاليات، والمنازعات التي تنتهي إلى تعطيل المرافق العامة.

2- أو يعمد هؤلاء إلى تأمين أنفسهم بأن يحتسبوا ضمن أسعار التكلفة، وبالتالي ضمن أسعار عطاءاتهم مبلغاً احتياطياً ضد تلك المضار، والأخطار المحتملة، وتكون النتيجة زيادةً في الأسعار، مما يفوُّت الفرصة على الإدارة في الحصول على أصلح الأيدي العاملة بأفضل الأسعار، وأنسبها.

تمارين:

من شروط نظرية الظروف الطارئة:

1. لا علاقة للمتعاقدين بالظروف.
2. أن يتوقف المتعاقد عن التنفيذ.
3. أن يحصل المتعاقد على تعويض كامل.
4. جميع الخيارات صحيحة.

الإجابة الصحيحة رقم 1.